

UNFORGETTABLE: A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 13 DE MAYO DE 2014. CASO COSTEJA (GOOGLE VS. AEPD)

MÓNICA ARENAS RAMIRO

*Prof.a. Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá*

SUMARIO

- I. El origen del conflicto.
- II. La cuestión prejudicial.
- III. Las conclusiones del Abogado General.
- IV. El fallo.
- V. A modo de conclusión.

I. EL ORIGEN DEL CONFLICTO

Los avances tecnológicos, la evolución y uso masivo de Internet y de servicios como las redes sociales, y el proceso de globalización en el que estamos inmersos contribuyen y favorecen el acceso a la información, su intercambio, combinación y su almacenamiento y recuperación de una forma hasta ahora inimaginable, poniendo en evidencia que los mecanismos que hasta ahora veníamos manejando para proteger nuestra vida privada y salvaguardar nuestra información personal se han quedado obsoletos y han dejado de ser efectivos¹.

Vivimos en una aldea global, en una sociedad interconectada², donde la información personal se comparte y difunde fácilmente, convirtiéndose en una nueva

1 Sobre la necesidad de adaptación de la Unión Europea ante los nuevos cambios tecnológicos, bajo el convencimiento de que «*las costuras de la Directiva ya no pueden contener Internet*», vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Las costuras de la privacidad», en *El País*, de 25 de junio de 2013. Destacando la ausencia de límites temporales y espaciales, vid. CASTELLS, M., *La Galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Areté, Barcelona, 2001, p. 137; y, con esa misma idea, WHITAKER, R., *El fin de la privacidad*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 63; y POSTMAN, N., *Tecnópolis: la rendición de la cultura a la tecnología*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1994, pp. 33-38.

2 Sobre esta evidencia, vid. TRONCOSO REIGADA, A., «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales», en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 43, 2012, pp. 40-53. Vid., también,

fuelle de riqueza. Es esta misma naturaleza global de la información lo que la hace valiosa y, al mismo tiempo, lo que provoca que su conservación indefinida y difusión sean una potencial amenaza para nuestros derechos: el recordar algo se ha convertido en la regla general, mientras que el olvido se ha vuelto la excepción³; y servicios como los que prestan los buscadores *on line* como *Google* favorecen esa función de recuerdo, más allá de lo que nosotros podemos llegar a recordar⁴. Además, nuestra identidad personal se ha convertido en una identidad digital⁵: la información de una persona se encuentra, principalmente, en nuevos y potentes dispositivos móviles y circula por la Red. Y el individuo debería poder controlarla.

Y aquí es donde entra en juego el denominado «derecho al olvido» *on line*, la capacidad de decidir si queremos que nuestra información se mantenga o no en Internet, esto es, nuestra capacidad de control de la misma⁶.

Nos enfrentamos a nuevas amenazas en las que el Derecho no había pensado. Los nuevos servicios que se prestan a través de la Red por los motores de búsqueda como *Google*, o por redes sociales como *Facebook* o *Tuenti*, viven de la información que los propios usuarios suministran, suya o de terceros. Internet se ha convertido en un «almacén global y exhaustivo de información a la que se accede o se busca en todo el mundo»⁷, por lo que se hace imprescindible reforzar el control

MCLUHAN, M. / POWERS, B. R., *The Global Village: Transformations in World Life and Media in the 21st Century* (Communication and Society), Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 74-76.

3 Según MAYER-SCHÖNBERGER «...with the help of widespread technology, forgetting has become the exception, and remembering the default» (MAYER-SCHÖNBERGER, V., *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, Princeton, 2009, p. 2). Vid., ALLEN, A. L., «Dredging up the Past: Lifelogging, Memory, and Surveillance», en *University of Chicago Law Review*, Vol. 75, 2008, pp. 47-74 (p. 47), quien habla de un «eterno presente»; y ROUVROY, A.: «Réinventer l'Art d'Oublier et de se Faire Oublier dans la Société de l'Information?», en LACOUR, S., *La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*, L'Harmattan, Paris, 2008, p. 26.

4 MAYER-SCHÖNBERGER, V., *Delete: The Virtue...*, op. cit., p. 7 señalaba que «... *Google knows more about us than we can remember ourselves*». Y en palabras de la Comisaria de Justicia, Viviane REDING: «*God forgives and forgets but the Web never does!*» (REDING, V., «Why the EU needs new personal data protection rules?», en *The European Data Protection and Privacy Conference*, Bruselas, 30 de noviembre de 2010. Disponible *on line* en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/700> (Consultado 12/06/2014).

5 DODGE, M. / KITCHIN, R., «Outlines of a World Coming into Existence: Pervasive Computing and the Ethics of Forgetting», en *Environment and Planning B: Planning and Design*, Vol. 34, 2007, pp. 431-445 (p. 442), quienes definen ese continuo registro de eventos biográficos como «*life-logging*». Vid. ALAMILLO DOMINGO, I., «La identidad digital en la Red», en RALLO LOMBARTE, A. / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y Redes sociales*, 2.ª ed., Civitas, Navarra, 2013, pp. 39-46; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma», en RALLO LOMBARTE, A. / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y Redes sociales*, 2.ª ed., Civitas, Navarra, 2013, pp. 89-92.

6 Dictamen 01/2012, del G29, *Sobre las propuestas de reforma de la protección de datos*, adoptado el 23 de marzo de 2012 (WP 191 - 00530/12/ES), donde el G29 consideró que este derecho suponía «...reforzar el control que tienen los particulares sobre sus datos personales», aunque reconocía que «...la realidad del funcionamiento de Internet pueden limitar considerablemente su eficacia». Vid., también, CONLEY, C., «The right to delete», en *AAAI Spring Symposium Series* 2010, 2010, p. 54.

7 Así se definió por el Abogado General en sus Conclusiones, § 27; y, en el mismo sentido, STJUE de 25 de octubre de 2011, caso *eDate Advertising y Martínez* (asuntos C-509-09 y C 161-10), § 45.

sobre nuestros datos personales que, en último término, supone proteger nuestra dignidad personal frente a estos nuevos peligros⁸. Si bien es cierto que los buscadores potencian la difusión global de la información y facilitan su localización; no menos cierto es que, por otro lado, someten a los sujetos de forma permanente y general, a un espejo público, permitiendo crear un perfil del sujeto con el riesgo que ello supone para nuestros derechos⁹.

En esta línea, las autoridades europeas están en el proceso de aprobar una nueva normativa que haga frente a estos peligros (una «Propuesta de Reglamento general de Protección de datos»)¹⁰, pero hasta que la citada normativa se apruebe y entre en vigor, los ciudadanos siguen planteado sus quejas y pretensiones con el fin de obtener un mayor control de sus datos personales y solicitar su borrado y no difusión por Internet¹¹.

En este contexto es donde tiene lugar, el 13 de mayo de 2014, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con el fin de hacer frente a la cuestión de si existe o no un derecho al olvido y de quién está obligado a llevarlo a la práctica¹².

8 En este sentido, HUSTINX, P., «The Right to be Forgotten, or How to Exercise User Rights?», Discurso en el Parlamento Europeo «Data Protection for the Digital Age», 28 junio 2012; RALLO LOMBARTE, A., «El derecho al olvido y su protección», en *Revista TELOS*, n.º 85, 2010, p. 1; y GOMES DE ANDRADE, N. N., «El olvido: El derecho a ser diferente... de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 13, 2012, pp. 73-74.

9 Dictamen 1/2008, del G29, *Sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda*, de 4 de abril de 2008 (WP 148 – 0737/ES), pp. 5 y 14; y Posición común del Grupo de Trabajo Internacional sobre Protección de Datos en las Telecomunicaciones (IWGDPT) o Grupo de Berlín, sobre *Protección de la intimidad y motores de búsqueda*, de 15 de abril de 1998 en Hong Kong (y revisada 6 y 7 de abril de 2006 en Washington), que define a los buscadores como la «llave del ciberespacio», p. 1.

10 COMISION EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)*, COM(2012) 11 final, de 25 enero de 2012. Y, en concreto, art. 17 de la Propuesta que reconoce el citado «derecho al olvido» y lo define como un «derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión». Vid., también, Considerandos 53 y 54; y sobre la Propuesta, ALBRECHT, J., *Draft Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individual with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data*, de 16 de enero de 2013. Disponible on line <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-501.927+04+DOC+PDF+V0//EN&language=EN> (Consultado 07/06/2014).

11 Por dar algunas cifras al respecto, las consultas relativas a los derechos de cancelación y oposición —que han venido constituyendo las dos modalidades de ejercer el derecho al olvido, ascienden en el 2012 al 81,25% del total de consultas planteadas sobre derechos. Respecto del año 2011 las reclamaciones relacionadas con este tema han aumentado un 13%, estimándose el 45% de las reclamaciones presentadas. Vid. Memoria 2012 AEPD, pp. 26 y 73.

12 Sin entrar a analizar la Propuesta ni la naturaleza del derecho, para conocer más sobre el mismo, vid. ACED, E., «La nueva propuesta de Reglamento general de protección datos en la Unión Europea», en *Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales*, n.º 2012-3, 2012; TERWANGNE, C. DE, «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 13, 2012, pp. 53-66 (p. 58); AMBROSE, M. L. / AUSLOOS, J., «The Right to be forgotten across the pond», en *Journal of Information Policy*, 3 (2013), pp. 1-2; ZÁRATE ROJAS, S., «La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa», en *Derecom*, n.º 13, 2013, pp. 2-4; y ANTOINETTE ROUVROY, A. / POULLET, Y., «The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development:

Esta decisión no está exenta de polémica, y no sólo por las dificultades técnicas que pueda entrañar¹³, sino por el sujeto en quién va a recaer tal dificultad. La relevancia del asunto deriva no sólo de los más de doscientos casos que hay pendientes en la Audiencia Nacional sobre este tema, sino del hecho de que es la primera vez que un Tribunal nacional plantea este tipo de preguntas al TJUE, y del hecho de que la decisión que se adopte no afectará sólo a la legislación nacional, sino a todos los Estados miembros de la Unión Europea, y, en último término, a la relación que los ciudadanos europeos mantienen con *Google*.

A nivel nacional¹⁴, en los numerosos casos presentados ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) —autoridad administrativa independiente encargada de tutelar el derecho a la protección de datos personales—, la cuestión se produce por la negativa de *Google* a retirar cualquier tipo de información, alegando por un lado, la no aplicabilidad de la Directiva de protección de datos europea (y, por lo tanto, de la normativa española existente en la materia); y, por otro lado, el derecho a la libertad de expresión e información, manifestando que suprimir información supondría una forma de censura. Frente a estos argumentos, y en líneas generales, la AEPD ha ido reconociendo la existencia de un «derecho al olvido» a través de las respuestas a las peticiones de tutela de los derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos personales en Internet. En la mayoría de los casos presentados, la AEPD ha resuelto la cuestión solicitando la cancelación de la información personal a los responsables de los sitios web que la alojaban bajo el fundamento de la ausencia de criterios que permitan otorgar una prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la protección de datos; y aconsejando a los citados responsables utilizar medidas informáticas tales como *robots.txt*, los denominados «protocolos de exclusión», que evitan la indexación de la información¹⁵.

Reassessing the Importance of Privacy for Democracy», en GUTWIRTH, S. / POULLET, Y. / HERT, P. DE / TERWANGNE, C. DE / NOUWT, S. (Eds.), *Reinventing Data Protection?*, Springer, New York, 2009, pp. 45-76.

13 Esta dificultad no es algo nuevo. A ella se refirió el G29 al hilo de analizar la citada Propuesta de Reglamento: «no hay mecanismos que prevean la supresión de enlaces, copias o réplicas de datos que no se hayan suprimido...». Haciendo depender la efectividad del derecho de las circunstancias sociales, económicas y tecnológicas del momento, vid. AMBROSE, M. L. / AUSLOOS, J., «The Right to...», *op cit.*, pp. 1-23 (16-17); y TERWANGNE, C. DE, «Privacidad en Internet...», *op. cit.*, p. 62.

14 Para un estudio comparado sobre la postura de las distintas Autoridades de Protección de Datos europeas, vid. SIMON CASTELLANO, P., «El derecho al olvido en el Universo 2.0», en *BID*, n.º 28, 2012, pp. 1-8 (pp. 4-5); y con más detalle, del mismo autor, «A Test for data protection rights effectiveness: charting the future of the 'right to be forgotten' under European Law», en *The Columbia Journal of European Law Online*, 2013. Disponible *on line* en <http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2013/02/Castellano-edited-and-rev.pdf> (Consultado 16/06/2014); y también, «The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate», en *Lex Electronica*, Vol. 16.1, 2012, pp. 1-30 (pp. 19-23 y 26-28).

15 Además de la cancelación —esto es, la petición de que los buscadores cancelen la información pasada—, se solicita la oposición —esto es, que la información no vuelva a aparecer en el futuro—. La AEPD, con el fin de evitar problemas con los buscadores, recomienda a las páginas oficiales emplear mecanismos que eviten la indexación de la información que publiquen. Y así lo mantuvo la AEPD en julio de 2011, indicando al BOE que debía usar un *robots.txt* para que los buscadores no pudieran indexar determinados textos legales. Al

II. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. Antecedentes

El problema origen de la STJUE de 13 de mayo de 2014 se asemeja a los más de doscientos casos que existen contra *Google* en los que los ciudadanos reclaman un «derecho al olvido»¹⁶. Esto es, un sujeto solicita a un buscador, en este caso a *Google*, por un lado, cancelar la información que sobre él aparece en otras páginas, esto es, la cancelación de un enlace a una determinada información —que en la mayoría de los asuntos planteados se encuentra lícitamente en fuentes oficiales o medios de comunicación (boletines oficiales, periódicos digitales...)—; y, por otro lado, la oposición a que se vuelvan a indexar.

En el caso que ha dado lugar a la cuestión prejudicial ante el TJUE, un ciudadano (el Sr. Costeja) alegaba que al teclear sus datos personales en el buscador *Google* aparecían enlaces —entre otros, a un periódico de tirada nacional (*La Vanguardia*)— donde se revelaba que había sido sujeto de una subasta pública de un inmueble por falta de pago a la Seguridad Social hacía más de dieciséis años¹⁷. Como dicho problema ya había sido resuelto, el afectado solicitaba la cancelación de la citada información tanto en *Google* como en el periódico. Tras el pertinente proceso, la AEPD exigió a *Google* la retirada de los datos personales del afectado de su índice, pero consideró que la información contenida en el periódico debía mantenerse en tanto que la misma obedecía a una exigencia legal¹⁸.

El debate jurídico estaba servido porque *Google* se negó a cumplir con la Resolución de la AEPD y recurrió dicha decisión ante la Audiencia Nacional.

2. Cuestiones jurídicas planteadas

La Audiencia Nacional, ante las dudas sobre la normativa aplicable y sobre la existencia o no de un «derecho al olvido» y de quién debía hacerlo efectivo, planteó

respecto, vid. Procedimientos de Tutela de Derechos de la AEPD N.º TD/266/2007; N.º TD/01887/2009; N.º TD/00044/2010; N.º TD/01288/2010; N.º TD/01118/2012 y N.º TD/01802/2012; y Resolución N.º R/00078/2011; e Informes Jurídicos de la AEPD 0132/2010 y 0214/2010. Esta opción de los *robots.txt* también fue planteada en la Posición común del Grupo de Berlín, sobre *Protección de la intimidad y motores de búsqueda*, p. 2. Vid., la excelente «Recomendación 2/2008, de 25 de abril, de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, sobre publicación de datos personales en Boletines y Diarios oficiales en Internet, en sitios webs institucionales y en otros medios electrónicos y telemáticos», donde se proponía también la utilización de técnicas informáticas del tipo «no robot» (p. 35). Disponible *on line* en http://www.madrid.org/sifu_contenidos/contenidos/1404170_001/pdf/Tema%20513_9_Recomendacion2_2008.pdf (Consultado 16/06/2014).

16 Vid. Nota informativa de la AEPD «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea respalda la tesis de la AEPD en relación con los buscadores y el derecho al olvido en Internet», de 13 de mayo de 2014.

17 Noticias publicadas en *La Vanguardia*, de fechas 19 de enero y 9 de marzo de 1998, respectivamente.

18 Mediante Resolución de 30 de julio de 2010, la AEPD desestimó la reclamación contra *La Vanguardia*, al considerar que la publicación realizada se había llevado a cabo de forma legalmente justificada; pero estimó la reclamación contra *Google Spain* y contra *Google Inc.* al considerar que al ser gestores de motores de búsqueda son responsables y actúan como intermediarios de la sociedad de la información. Vid. Procedimientos de Tutela de Derechos ante la AEPD N.º TD/01887/2009 y N.º TD/00754/2010.

el caso citado, mediante Auto de 27 de febrero de 2012, como una cuestión prejudicial ante el TJUE (vía artículo 267 TFUE)¹⁹.

2.1 *La aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos Personales*

En las denuncias contra la compañía, *Google* ha alegado siempre que el servicio de buscador (*Google Search*) lo presta *Google Inc.* desde Estados Unidos, de manera que no le afectan la Directiva europea de Protección de Datos ni la normativa española.

La cuestión de la determinación del Derecho aplicable no es una cuestión baladí, pues la misma enlaza con la identificación del responsable del tratamiento, de su «establecimiento» y de su «marco de actividades». La solución pasaba, por lo tanto, por concretar los conceptos de «establecimiento» y el del «marco de actividades» o «recurso a los medios situados en un Estado miembro»²⁰.

Google alegó que *Google Spain* no se podía considerar un «establecimiento» en tanto en cuanto lo único que hace es representar en España a *Google Inc.* en el negocio que ésta desarrolla de vender publicidad en su página web; y que tampoco emplea «medios» ubicados en España para la obtención de la información ni para el procesamiento de la misma. Pero lo cierto es, y así lo consideró la Audiencia Nacional, que *Google* se presta a nivel mundial con versiones locales adaptadas al idioma nacional (www.google.es), y que aunque *Google Search* estuviera gestionada por *Google Inc.* (domiciliada en Estados Unidos), *Google Search* no sólo facilita el acceso a los contenidos, sino que, además, a través de su empresa filial *Google Spain*, inserta publicidad asociada a los patrones de búsqueda introducidos por los internautas, con la finalidad de «almacenar los datos de las personas relacionadas con los clientes de servicios publicitarios que en su día contrataron con *Google Inc.*»²¹.

El problema práctico que se deriva de considerar que se recurre a «medios» situados en España podría provocar que el prestador de servicios en Internet estuviera sometido a todas las leyes y a las jurisdicciones de todos los países cuyos servidores alojaran la información a la que los buscadores tuvieran acceso.

19 Auto de la Audiencia Nacional n.º 725/2010, Sala de lo Contencioso, Sección 1.ª de 27 de febrero de 2012 (ROJ ANN 19/2012); y Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional (España), el 9 de marzo de 2012 - *Google Spain, S. L., Google, Inc. / Agencia de Protección de Datos (AEPD)* (Asunto C-131/12). Sobre esta cuestión, vid. Nota de Prensa de la AN, «La Audiencia Nacional, pionera al plantear en Europa el «derecho al olvido» en Internet», de 2 de marzo de 2012.

20 Se cuestiona, en concreto, la interpretación del art. 4 Directiva 95/46/CE, sobre el Derecho nacional aplicable. Sobre esta cuestión, vid. Dictamen 8/2010, del G29, *Sobre el Derecho aplicable*, adoptado el 16 de diciembre de 2010 (WP 179 - 0836-02/10/ES).

21 Por su parte, el demandante (el Sr. Costeja) mantuvo en el proceso que es indiscutible que los gestores de los motores de búsqueda determinan la finalidad y los medios de la información que indexan, de forma independiente a lo que hacen los editores de las web de origen de la información. Esta postura ha sido compartida por el Gobierno español, italiano, austriaco y polaco, además de por la Comisión Europea.

2.2 *La actividad de Google como proveedor de contenidos*

Lo que la Audiencia Nacional plantea en este punto es el alcance y límite de la responsabilidad de los buscadores y de si debe considerárseles responsables principales o meramente subsidiarios respecto de las páginas web que indexan, en tanto que la información indexada puede estar justificada legalmente (como ocurría en nuestro caso). La respuesta será relevante, pues determinará si a los buscadores se les puede exigir directamente dar cumplimiento a los derechos de cancelación y oposición.

En relación con este tema se plantea también la cuestión de si las Autoridades de control, en cuanto reciben la petición de tutela del derecho, pueden exigir tal obligación a los buscadores sólo, directamente, o de forma independiente de lo que hagan con los editores de las páginas web de origen.

Tal y como establece la propia Directiva 95/46/CE, las Autoridades nacionales de Protección de Datos son competentes para supervisar la aplicación de la legislación de protección de datos en el territorio del Estado donde estén establecidas, aún cuando el Derecho aplicable sea el de otro Estado miembro²². La AEPD, en la Resolución que da origen a la STJUE que ahora se analiza, consideró que era competente para dirigirse directamente contra *Google* para solicitar la retirada de los datos personales, sin dirigirse previa o simultáneamente al *webmaster* de la página de origen de la información. En este sentido, las Autoridades de protección de datos, en cuanto autoridades administrativas con competencia en la materia, pueden dirigirse al buscador directamente si consideran que en la web de origen la información no podrá ser alterada.

El problema práctico se produce porque si la cancelación y bloqueo se solicita única y directamente frente a un buscador determinado (en este caso, *Google*), no se impide que dicha información siga estando publicada en la página de origen y, por lo tanto, pueda ser localizada por cualquier usuario y pueda ser indexada por cualquier otro buscador. En este sentido, como luego veremos, el hecho de que el TJUE haya concluido la obligación del borrado de *links* por parte de *Google*, no soluciona el problema de que el afectado vea sus datos personales por Internet. El hacer responsable únicamente a *Google* de borrar los *links* sin responsabilizar en ningún caso al editor de la página web de origen traerá más de una dificultad práctica al afectado, que verá cómo su información personal sigue siendo indexada por otros buscadores²³.

2.3 *El reconocimiento de un derecho al olvido*

La Audiencia Nacional planteó en este punto si el derecho a la protección de datos personales incluía el derecho del afectado a negarse a que su información se

22 Art. 28.6 Directiva de Protección de Datos.

23 Sobre esta cuestión, vid. PINA SÁNCHEZ, C. / GONZÁLEZ ROYO, I., «El «derecho al olvido» frente a publicaciones en boletines oficiales con acceso a los motores de búsqueda», en *Revista Xurídica Galega*, N.º 72, 2011, pp. 33-46 (p. 40, n. 28).

indexe y se difunda indefinidamente, aún siendo lícita y exacta en su origen²⁴. El problema, como no podía ser de otra forma, es de carácter técnico, la dificultad técnica de ponerlo en práctica²⁵. Como el propio Tribunal español señala, Internet traspasa fronteras y límites temporales y los buscadores potencian ese efecto, lo que conlleva importantes riesgos para la protección de datos personales.

III. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

Con fecha 25 de junio de 2013 el Abogado General del TJUE presentó sus Conclusiones manifestando que «*Los proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet no son responsables, sobre la base de la Directiva sobre Protección de Datos, de los datos personales incluidos en las páginas web que tratan*»²⁶. De ahí concluía la no existencia de un derecho al olvido. Como veremos, esta posición es diametralmente opuesta a la que finalmente ha adoptado el TJUE.

1. Sobre la aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos Personales

El Abogado General concluyó que la actividad de *Google* de indexar datos personales era un tratamiento de datos personales y que *Google Spain*, tenía la consideración de «establecimiento permanente» de *Google Inc.* porque dicho «establecimiento» «*actúa como un nexo para el servicio de referencia con el mercado publicitario de tal Estado miembro, aunque las operaciones de tratamiento técnico de los datos estén situadas en otro Estado miembro o en países terceros*»²⁷. Por todo ello, a *Google* le era de aplicación la Directiva 95/46/CE.

2. Sobre la actividad de Google como proveedor de contenidos

A pesar de haber reconocido que *Google* realiza un tratamiento de datos personales y que está sometido a la Directiva 95/46/CE y, por lo tanto, a la normativa españo-

24 RALLO LOMBARTE, A., «El derecho al olvido...», *op. cit.*, pp. 1-5; TERWANGNE, C. DE, «Privacidad en Internet...», *op. cit.*, pp. 53-66.

25 Sobre las dudas que genera su puesta en práctica, vid., el Informe de la Autoridad de Protección de Datos del Reino Unido (el *Information Commissioner's Office* (ICO)), «*Proposed New EU General Data Protection Regulation: Article-by-Article Analysis Paper*», de 12 de febrero de 2013, pp. 22-25 (p. 23). Vid., también, Informe del CDT (CENTER FOR DEMOCRACY AND TECHNOLOGY), «On the «right to be forgotten»: challenges and suggested changes to the data protection regulation», de 2 de mayo de 2013.

26 Al respecto, vid Comunicado de prensa del TJUE n.º 77/13 «El Abogado General Jääskinen considera que los proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet no son responsables, sobre la base de la Directiva sobre Protección de Datos, de los datos personales incluidos en las páginas web que tratan», de 25 de junio de 2013. Ese mismo día, la AEPD hizo pública una Nota de prensa, de 25 de junio de 2013, en la que recordaba que el criterio del Abogado General no era vinculante para el TJUE.

27 El Abogado General se inclina por la opinión manifestada por el G29 en su Dictamen 8/2010 *Sobre el Derecho aplicable*, aunque *Google Spain* no sea titular del buscador ni lo controle.

la, el Abogado General concluyó que *Google* no ostentaba la condición de responsable de tratamiento y que, por lo tanto, no tenía que cumplir con las obligaciones atribuidas a tal sujeto. Según el Abogado General del TJUE un buscador de Internet, como *Google*, lo que hace es proporcionar una herramienta de localización de información amparado en el interés legítimo que le asiste y que deriva de los derechos fundamentales de libertad de información, libertad de expresión y libertad de empresa; pero no ejerce ningún control sobre los datos personales que se puedan encontrar en las páginas web de terceros²⁸. Podemos estar más o menos de acuerdo respecto del interés jurídico de *Google*, pero de lo que no tenemos duda y con lo que coincidimos es con el hecho de que a *Google* no se le puede hacer responsable final del «olvido»²⁹.

Para el Abogado General, el buscador no es responsable del tratamiento, pero realiza una matización: el buscador no será responsable siempre y cuando el mismo no indexe o archive datos personales en contra de las instrucciones o las peticiones del editor de la página web, esto es, no respetando los códigos de exclusión o demás medidas técnicas utilizadas en origen; o no conserve los datos en la memoria cache³⁰.

3. Sobre el reconocimiento de un derecho al olvido

El Abogado General, en contra de todas las expectativas —y no con mucha claridad—, niega la existencia de un derecho al olvido. Por un lado, considera que el derecho al olvido no supone un derecho de rectificación, supresión o bloqueo en tanto que estas facultades sólo cobran sentido cuando el tratamiento de datos es incompleto o inexacto. Por otro lado, considera que el derecho al olvido tampoco es un derecho de oposición porque —aunque podría entrar en juego (pues cobra sentido ante tratamientos lícitos)—, existe un interés legítimo por parte de *Google* en tratar los datos personales, excluyéndose así cualquier posibilidad de oposición por parte del usuario.

Así las cosas, el Abogado General concluyó que, siendo la información tratada correcta en la página web de origen³¹, el interés de *Google* debía prevalecer sobre «la preferencia subjetiva» del interesado que no equivalía a una «razón legítima y no supondría nunca un «derecho al olvido absoluto»³².

28 Se deja fuera del análisis la actividad que en la práctica se produce a través de lo que se conocen como «búsquedas vanidosas» (en las que un usuario se busca en la Red con su propio nombre) revelando con facilidad su identidad. Vid. Conclusiones del Abogado General, § 48.

29 En este mismo sentido, PERE SIMÓN ha hablado de una responsabilidad compartida («La UE obliga a Google a retirar enlaces con información lesiva», en *El País*, de 13 de mayo de 2014); y también, PIÑAR MAÑAS en «Defiendo la privacidad. No me he pasado al enemigo», en *El País*, de 8 de junio de 2014, quien señala que «Habría sido mucho más preciso exigir que fuera el editor el que tomara medidas para no indexar la información».

30 Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Las costuras de la privacidad», en *El País*, de 25 de junio de 2013, quien manifiesta que «Google es un responsable del tratamiento muy particular».

31 Información que, además, entra dentro de la consideración de fuentes de acceso público y que no requiere el consentimiento del titular para su recogida. En este mismo sentido se pronunció el TJUE en su Sentencia ASNEF y FECMD, de 24 de noviembre de 2011 (asuntos C-468-10 y C-469-10).

32 Conclusiones del Abogado General, § 108: «la Directiva no establece un derecho general al olvido, en el sentido de que un interesado esté facultado para restringir o poner fin a la difusión de datos personales que considera lesivos».

IV. EL FALLO

Tras un largo proceso —quizá demasiado desde el pronunciamiento del Abogado General, en junio de 2013—, finalmente con fecha 13 de mayo de 2014, el TJUE, en Gran Sala, dictó sentencia³³.

1. Sobre la aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos Personales

En este punto, el TJUE comienza analizando si «*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*» supone o no un «tratamiento de datos personales»; y, para el caso de ser afirmativa la respuesta, si dicho tratamiento puede llevar a considerar que el gestor de un motor de búsqueda sea el «responsable» de dicho tratamiento.

Así las cosas, y analizados los argumentos de las partes en el proceso, el TJUE concluye (y considera que así debe interpretarse el artículo 2.b) y d) Directiva 95/46/CE), en primer lugar, que Google trata datos personales en tanto que «*al explorar 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 listas de resultados de sus búsquedas*»³⁴. Y, en segundo lugar, el TJUE concluye que Google es responsable del mismo³⁵, incluso en el caso (como sucede en el supuesto analizado) de que los datos personales ya hubieran sido publicados por medios de comunicación social³⁶.

Acto seguido, tras las anteriores conclusiones, el TJUE analiza si a Google, como responsable de un tratamiento de datos personales, le es de aplicación la Directiva europea de Protección de Datos (y, por tanto, la LOPD, transposición de la misma). Para dar respuesta a esta cuestión, la normativa de protección de datos europea exige para su aplicación que, además de ser responsable y realizar un tratamiento de datos personales, el responsable tenga un «*establecimiento*» en un Estado

o contrarios a sus intereses».

33 El TJUE analiza las cuestiones prejudiciales planteadas, pasando a interpretar, de forma más concreta, los siguientes artículos de la Directiva 95/46/CE: 2.b) y d); 4.1.a) y c); 12.b); y 14.a). Y, de forma colateral, el artículo 8 CDFUE. Vid. Comunicado de Prensa del TJUE n.º 70/14, «El gestor de un motor de búsqueda en Internet es responsable del tratamiento que aplique a los datos de carácter personal que aparecen en las páginas web publicadas por terceros», de 13 de mayo.

34 § 28 STJUE; y, también, STJUE de 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist* (C-101/01), § 25.

35 § 41 STJUE. Sobre este aspecto, el Gobierno helénico, a pesar de considerar que la actividad llevada a cabo por Google es un tratamiento de datos, alega —como en su día hizo el Abogado General— que «... en la medida en que los motores de búsqueda sirven de simples intermediarios, las empresas que los gestionan no pueden considerarse «responsables», salvo en los casos en los que almacenan datos en una «memoria intermedia» o una «memoria oculta» por un período de tiempo que supere lo técnicamente necesario» (§ 24 STJUE).

36 § 30 STJUE.

miembro o bien, recurra «a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro». Tras recordar la argumentación seguida por la Audiencia Nacional considerando de aplicación a *Google* la normativa europea, al TJUE se le hace evidente por lo tanto (y así debe interpretarse el sentido del artículo 4.1.a) Directiva 95/46/CE), que *Google Inc.* gestiona técnica y administrativamente *Google Search* y que aunque no esté probado que *Google Spain* indexe o almacene información, es más que evidente que su actividad publicitaria constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo *Google*³⁷. Para el TJUE es indiscutible que *Google Spain* se dedica al ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable en España, que el tratamiento de datos se lleva a cabo en «el marco de las actividades» de un establecimiento de *Google*³⁸, y que tanto la actividad del gestor del motor de búsqueda como la de la instalación en España —dedicada a la publicidad—, están «indisociablemente ligadas»: por un lado, la actividad publicitaria es el medio para que el motor de búsqueda sea económicamente rentable³⁹; y, por otro lado, el motor es el medio por el cual se realiza la actividad publicitaria⁴⁰.

2. Sobre la actividad de Google como proveedor de contenidos

Ya hemos visto en el apartado anterior cómo el TJUE considera que *Google* es «quien determina los fines y los medios de esta actividad» y, por lo tanto, es responsable del tratamiento de datos que realice en su establecimiento⁴¹.

Para justificar la posición de *Google* como responsable, en tanto que proveedor de contenidos, el TJUE diferencia la actividad llevada a cabo por el buscador de la llevada a cabo por los editores de las páginas web de origen de donde *Google* indexa los datos personales. Así, para el TJUE, mientras el editor de la página web o sitio de Internet hace «figurar esos datos en una página en Internet»⁴²; la actividad de los motores de búsqueda «puede afectar, significativamente y de modo adicional, a la

37 § 46 STJUE. En este sentido, tanto el demandante como la Comisión y algún otro Gobierno además del español (italiano, austriaco y polaco) consideran que el vínculo entre la actividad del motor de búsqueda gestionado por *Google Inc.* y la actividad de *Google Spain* es indisociable y que, por lo tanto, *Google Spain* debe considerarse un establecimiento de aquella. Por su parte, *Google Spain*, *Google Inc.*, y el Gobierno helénico, consideran que el mero hecho de que una empresa proveedora de un motor de búsqueda cree en un Estado miembro una oficina o filial destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del motor, no supone un «establecimiento» a efectos de la Directiva 95/46/CE.

38 Aquí *Google Spain* y *Google Inc.* negaron que el tratamiento de datos se produjera en el marco de las actividades de un establecimiento de *Google* puesto que el tratamiento de datos personales lo llevaba a cabo exclusivamente *Google Inc.*, que gestiona *Google Search* sin ninguna intervención de *Google Spain*, que se limita a prestar apoyo a la actividad publicitaria del grupo *Google*, siendo actividades distintas.

39 § 60 STJUE. Según el TJUE, de los Considerandos 18 a 20 y art. 4 Directiva, se deduce un ámbito de aplicación territorial particularmente extenso, garantizando una mayor protección a ciudadanos europeos.

40 §§ 55-57 STJUE. Así se deduce del Dictamen 1/2008, del G29, *Sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda*, de 4 de abril de 2008 (WP 148 – 0737/ES), p. 12.

41 § 33 STJUE.

42 § 35 STJUE.

de los editores»⁴³. El TJUE considera, además, que el hecho de que los editores de sitios de Internet no hayan creado los mecanismos como *robot.txt* o códigos *noindex* o *noarchive* para evitar que los buscadores puedan indexar la información de la que ellos son responsables, «no significa que se libere 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»⁴⁴. Para el TJUE, considerar que Google no es responsable por el mero hecho de «no ejercer control sobre los datos personales publicados en las páginas web de terceros» sería contrario al objetivo de la Directiva de Protección de Datos (esto es, garantizar una protección eficaz y completa de los interesados)⁴⁵.

La cuestión esencial es si teniendo en cuenta que los buscadores sólo indexan aquello que se les permite indexar, les podemos catalogar, o no, de responsables. Existirán casos (como indicó el Abogado General) en los que, al ser difícil o imposible localizar a un responsable del tratamiento en origen (especialmente en los casos en los que se produce un tratamiento de datos ilegítimo), deban ser los buscadores los que estén obligados a hacer efectivo el derecho al olvido cuando así se les solicite⁴⁶. Pero la cuestión aquí es que se están derivando las obligaciones del responsable inicial del tratamiento de datos a un tercero, como *Google*, que es un mero intermediario y que tendrá que responder por la negligencia en la forma de actuar en el origen del tratamiento de la información.

Así las cosas, siguiendo este hilo argumental, el TJUE, al considerar responsable a *Google*, y sometido a la normativa europea, se plantea acto seguido el alcance de su responsabilidad. En íntima conexión con lo analizado unas líneas más arriba, el TJUE se plantea ahora si *Google* está obligado a borrar la información publicada en páginas web de terceros aunque la publicación sea lícita o bien, en el caso de que no se borren de dichas páginas web. Esto es, analiza en este punto el sentido de los artículos 12.b) y 14 Directiva 95/46/CE relativos a la obligación de rectificar, su-

⁴³ § 39 STJUE.

⁴⁴ § 39 STJUE. En este punto, el Dictamen 1/2008 del G29 no considera, en general, que los motores de búsqueda sean responsables en cuanto al contenido de los datos personales, pero sí que considera que éstos deben respetar los derechos de los interesados a acceder, y en su caso, a corregir o suprimir la información que aparece en las búsquedas por ellos gestionados. Además, recordamos aquí que ante estos casos, el criterio seguido por la AEPD es que cuando el titular de la página web que aloja la información está obligado legalmente a conservar y publicar dicha información, el buscador «deberá adoptar medidas no sólo para cesar en el tratamiento de la información, sino también para impedir el acceso futuro a la misma a través de su servicio». Así lo recoge la AEPD en su «Declaración sobre buscadores de Internet», de 1 de diciembre de 2007.

⁴⁵ §§ 34 y 38 STJUE.

⁴⁶ Esto está en íntima relación con la Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico); y con la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico (LSSI), y, en concreto con sus arts. 16 y 17. Al respecto, vid. STS 773/2009, de 9 de diciembre (caso putasgae.org) (FJ 4.º) quien matizó la interpretación dada al «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos de la página web. Sobre esta cuestión, vid. PINA SÁNCHEZ, C. / GONZÁLEZ ROYO, I., «El «derecho al olvido» frente...», *op. cit.*, pp. 41-43, quienes citan, también, las SSTs de 10 de febrero de 2011 (caso alasbarricadas.org), y la de 17 de noviembre de 2010.

primir o bloquear los datos personales si así lo solicita el interesado⁴⁷; y al derecho de oposición del interesado a que se traten sus datos personales, respectivamente.

Sobre el alcance de sus obligaciones, tanto *Google Spain* como *Google Inc.* consideran que, «*en virtud del principio de proporcionalidad, cualquier solicitud que tenga por objeto que se elimine información debe dirigirse al editor del sitio de Internet de que se trate, ya que éste es quien asume la responsabilidad de publicar la información*».

En este punto, el TJUE deriva el alcance de las obligaciones de *Google* de las actividades que lleva a cabo, y para ello las diferencia de las actividades realizadas por el editor de una página web. Aquí, para justificar el por qué de las obligaciones de *Google*, el TJUE resalta el potencial peligro de la actividad que llevan a cabo los buscadores en Internet. Para el Tribunal de Justicia, cuando el tratamiento de datos proviene de un motor de búsqueda «*dicho tratamiento 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 o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate*»⁴⁸. El TJUE concluye que la inclusión de una lista de resultados de una página web «*facilita sensiblemente la accesibilidad de dicha información a cualquier internauta*» y, por lo tanto, esto constituye «*una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado que la publicación por el editor de esta página web*»⁴⁹.

Por estos motivos, el TJUE concluye que el obligado a eliminar los *links* a la información del titular de los datos es *Google*. El TJUE incluso va más allá en la motivación de esta obligación y considera que el origen de la misma se debe también al potencial peligro existente de que la información a la que dirigen los *links* indexados por *Google* puede ser copiada en otros sitios de Internet cuyos responsables no siempre están sujetos al Derecho de la Unión Europea. El TJUE continúa argumentando que como la finalidad de la Directiva es otorgar «*una protección eficaz y completa de los interesados*», a *Google* «no le queda otra» que correr con la obligación de borrar la información que indexa⁵⁰. Pero no parece lógico hacer responsable a *Google* incluso de futuras actividades que puedan llevar a cabo terceros con información de una página de la que no es responsable, sino un mero intermediario⁵¹. El problema se solucionaría si al editor de la página web de origen se le impusiera la obligación de establecer mecanismos que evitaran indexar la información de la que es responsable.

47 Sobre este aspecto llegó a cuestionarse si el hecho de que la Directiva señalara que estos derechos tenían lugar «*cuando el tratamiento no se ajustara a las disposiciones de la Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o erróneo de los datos*» tenía un carácter taxativo. El TJUE concluyó que tal aclaración sólo tenía carácter de ejemplo y no carácter taxativo (§ 70 STJUE).

48 §§ 36, 37 y 80 STJUE. Vid., también, STJUE *eDate Advertising* y otros (C-509/09 y C-161/10), § 45.

49 §§ 86 y 87 STJUE.

50 § 84 STJUE.

51 PINA SÁNCHEZ, C. / GONZÁLEZ ROYO, I., «El «derecho al olvido» frente ...», *op. cit.*, pp. 40-41.

No obstante, en honor a la verdad, hay que decir que el TJUE no considera que los motores de búsqueda, como *Google*, deban hacer siempre efectivos los derechos de cancelación y oposición —esto es, el olvido— solicitados por los titulares de la información que se haya indexado. El TJUE considera aquí que para proceder a hacer efectivas sus obligaciones, *Google* debe tener en cuenta estos derechos dentro del marco del resto de principios que rigen el tratamiento de datos personales, como son el de calidad de los datos y el de finalidad de los tratamientos; y, en función de esto, *Google* deberá examinar la petición y proceder a una ponderación de los intereses en juego. Se debe buscar un justo equilibrio. Según el TJUE *«este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública»*⁵².

Para realizar la citada ponderación, y valorar si se concede o no el ejercicio del derecho al olvido, es necesario tener en cuenta que no sólo la actividad y finalidad del tratamiento de los datos por parte de buscadores y editores de páginas web es diferente, sino también, su interés legítimo para hacerlo⁵³. La ponderación va a variar en función de los intereses legítimos de los responsables para tratar los datos personales y de las consecuencias que los tratamientos de dichos datos tengan para el interesado, y, en particular, para su vida privada⁵⁴, así como de los intereses y derechos fundamentales de los internautas potencialmente interesados en acceder a la citada información.

El TJUE considera que se debe buscar el equilibrio en cada caso concreto, pero no deja de hacer recaer el peso de realizar el borrado de la información y la ponderación en el motor de búsqueda. Así, concluye de los razonamientos anteriores, que *«el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita»*⁵⁵, puesto que, en el caso concreto, *«el mero interés económico del gestor de tal motor»* no justifica el citado tratamiento.

Para finalizar este apartado, y en íntima conexión con las cuestiones presentadas, se plantea en este punto —una vez concluido que *Google* es responsable, se le aplica la Directiva europea de Protección de Datos y entre sus obligaciones están las de borrado, cancelación o bloqueo— quién puede solicitar o imponer estas obligaciones a *Google*, esto es, a gestores de motores de búsqueda. Como no podía ser de

52 Vid. § 81 STJUE; y, también, § 97 STJUE para justificar las posibles injerencias en la vida privada del afectado cuando la actividad e información del interesado tiene relevancia pública.

53 Art. 7 Directiva 95/46/CE.

54 § 86 STJUE.

55 § 88 STJUE.

otra forma, el TJUE destaca aquí el importante papel de las Autoridades de protección de datos en todo este proceso y, más en concreto, en relación con las peticiones de los ciudadanos; y recuerda que toda Autoridad de control debe atender dichas solicitudes y que dispone de los poderes de investigación e intervención efectivos para resolverlas⁵⁶. El Tribunal considera, en este sentido, que las Autoridades de control pueden ordenar a *Google* que elimine los vínculos a páginas web de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, «*sin que ese nombre o esa información sean eliminados con carácter previo o simultáneamente de la página web en la que han sido publicados*»⁵⁷, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea lícita⁵⁸.

3. Sobre el reconocimiento de un derecho al olvido

Sobre este aspecto, *Google Spain* y *Google Inc.* consideran que debe darse una respuesta negativa a esta cuestión y alegan que los derechos que actualmente se reconocen en la normativa europea a los titulares de datos personales se ejercen cuando el tratamiento controvertido es incompatible con la Directiva o por razones legítimas y no por la mera razón de considerar que el tratamiento de datos puede perjudicarles⁵⁹. Por el contrario, el demandante considera que si con la indexación de la información y su difusión se le perjudica —y sus derechos prevalecen sobre los intereses legítimos del buscador y el interés general de la libertad de información—, él está más que legitimado para solicitar la oposición al tratamiento de sus datos personales por parte de *Google*⁶⁰.

El TJUE realizando una matización respecto del ejercicio de los derechos por parte del interesado y de la actuación de los responsables, recuerda aquí que «*incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron*». Y esto es lo que, a juicio del TJUE pasó en este asunto: por el tiempo transcurrido la información se hacía inadecuada y, por lo tanto, incompatible con los principios de calidad y finalidad establecidos en la Directiva,

56 Art. 28.3 y 4 Directiva 95/46/CE de Protección de Datos

57 Vid. § 82 STJUE. En este mismo sentido opinaban tanto el demandante, el Sr. Costeja, como el Gobierno español, el italiano y polaco, y la Comisión. Por el contrario, los Gobiernos helénico y austríaco consideran que, en lugar de al motor de búsqueda, el interesado debería dirigirse al editor de la web.

58 Mientras los Gobiernos español, italiano y polaco estaban de acuerdo con la argumentación del TJUE, el Gobierno austríaco consideraba que «*una autoridad de control nacional únicamente puede ordenar a tal gestor que borre de sus ficheros información publicada por terceros si anteriormente se ha declarado la ilegalidad o la inexactitud de los datos controvertidos o si el interesado ha ejercido con éxito su derecho de oposición ante el editor del sitio de Internet en el que se ha publicado la información*»; Y el Gobierno polaco, a diferencia del resto, considera que si la información se publica de forma lícita y sigue constando en la página web de origen, al gestor se le tendía que liberar de sus obligaciones (§ 64 STJUE).

59 Así opinan también los Gobierno helénico, austríaco y polaco y la Comisión.

60 Así opinan también tanto el Gobierno español como el italiano.

por lo que «*los vínculos de dicha lista de que se trate deben eliminarse*»⁶¹. Debemos señalar aquí que lo que se solicita borrar son los «*links*», no la información⁶².

Así las cosas, debemos ser cautos con el pronunciamiento del TJUE en este asunto. No han faltado las noticias que afirmaban, al hilo del pronunciamiento del TJUE, que existe un derecho al olvido y que ya podemos borrar nuestros datos personales de Internet⁶³. Pero esto no es del todo cierto. El TJUE, lo que hace es resolver un caso concreto⁶⁴. Si bien establece la obligación del motor de búsqueda, no dispone que dicha obligación de borrado deba darse siempre, sino que se deberá decidir a la luz de la ponderación de los hechos, de determinadas circunstancias (ya señaladas) y de las circunstancias actuales —y es en este sentido en el que deben interpretarse los artículos 12.b) y 14.a) Directiva 95/46/CE—⁶⁵. El TJUE destaca en este punto que, en cualquier caso, el hecho de que la publicación «*cause un perjuicio al interesado*» no debería ser un elemento de ponderación relevante⁶⁶.

El TJUE viene a motivar su conclusión señalando que el olvido solicitado supondrá suprimir y no diseminar información personal que sea inexacta o haya dejado de cumplir su finalidad, que guarda una estrecha relación con los principios del tratamiento de datos personales, y así si el hecho ya «no es noticia», deja de cumplir con su finalidad, y deberá ser cancelado⁶⁷. Pero el problema será saber cuándo deja de cumplir su finalidad una noticia, así como la falta de criterios objetivos que ayuden a ponderar los intereses en juego.

Sobre este aspecto la AEPD ha venido a considerar en varias de sus resoluciones que «*ningún ciudadano que no goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la Red sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un*

61 §§ 94 y 98 STJUE.

62 Como señala DANS se pretende una «*criminalización de la berramiente*» o matar al mensajero (como se extrae del artículo publicado por LYCZKOWSKA, K., «*Matando al mensajero Google. Tienes derecho a que lo olviden... Salvo que ellos tengan derecho a recordarlo*», en *Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla La Mancha*, de 14 de mayo de 2014), concluyendo que el resultado nocivo de esta decisión será «*una Internet oscura, no indexable*» (DANS, E., «*Olvideme*», en *Expansión*, de 16 de mayo de 2014). Vid. ZÁRATE ROJAS, S., «*La problemática entre...*», *op. cit.*, p. 9, quien señala que, en sentido estricto, más que un derecho a la privacidad, su objeto es la «*oscuridad práctica*» («*practical obscurity*»), concepto elaborado por la doctrina norteamericana a raíz del asunto *US Department of Justice vs. Reporters Committee for Freedom of the Press* (489 US 749 (1989)). Sobre esta idea, vid. también, CONLEY, C., «*The right to...*», *op. cit.*, p. 53.

63 «*La UE obliga a Google a retirar enlaces con información lesiva*», en *El País*, de 13 de mayo de 2014; y «*Ya se puede reclamar «el derecho al olvido» en Google*», en *El País*, de 30 de mayo de 2014.

64 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «*Olvidar es un fenómeno muy complejo*», en el Blog *LOPD y Seguridad*, de 14 de mayo de 2014.

65 Se ha planteado como elemento a tener en cuenta, la conducta del internauta. Vid. «*Derecho al olvido: ni censura ni límite al derecho a la información*», publicado el 27 de mayo de 2014, en el Blog de SEMPERE, *Privacidadlogica.es*.

66 § 96 STJUE.

67 AMBROSE, M. L. / AUSLOOS, J., «*The Right to...*», *op. cit.*, p. 16; y WEBER, R. H., «*The Right to Be Forgotten More Than a Pandora's Box?*», en *JIPITEC* 120, 2 (2011), pp. 120-130.

sistema de comunicación universal como Internet»⁶⁸. Lo mismo sucede si los ciudadanos solicitan borrar sus datos personales en la Red «*en los casos en los que su aparición no haya sido por voluntad propia, sino como consecuencia de figurar en un archivo, público o privado, y el motivo de ello carezca de interés público*»: si no son datos personales noticiables, y no están relacionados con un asunto de interés público, ¿qué motivo justificaría que un ciudadano deba soportar ese tratamiento incontestado de sus datos? ¿Cuál es la finalidad? Como vemos, el intento de proteger la vida privada de los sujetos en Internet es verdaderamente complejo⁶⁹.

Por último, en relación con el reconocimiento de este derecho al olvido, el TJUE reconoce también que el ciudadano puede reclamarlo no sólo en función de la aplicación de la Directiva, sino por aplicación de los artículos 7 y 8 CDFUE, que prevalecerán sobre el interés económico de *Google* o sobre el interés del público, pero que también deberán ponderarse a la luz de las circunstancias concretas del caso. Tenemos que recordar aquí que la búsqueda de hacer efectivo el derecho a la protección de datos recogido en el artículo 8 CDFUE es uno de los objetivos de la reforma europea que actualmente se está llevando a cabo en la materia⁷⁰. Para hacer efectivo este objetivo, y respecto del asunto que nos ocupa, desde las instituciones de la Unión Europea se ha reclamado una mayor transparencia en el funcionamiento de los proveedores de servicios de Internet y/o de los buscadores, exigiéndose que recogieran los mínimos datos de sus usuarios, dejando siempre claro a los mismos quién los almacenaba, cómo, con qué finalidad y por cuánto tiempo. De esta forma, se contribuiría, en último término, a que los usuarios controlaran efectivamente sus propios datos personales⁷¹.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El problema se plantea, esencialmente, porque el volumen de información que sobre un individuo circula por la Red (provenga o no de tratamientos lícitos, y pro-

68 Entre muchos, vid. Expedientes de Tutela de Derechos de la AEPD N.º TD/01335/2008, N.º TD/00627/2009; y N.º TD/00061/2012. En esta misma línea, SAN de 10 de noviembre de 2006. Vid. también, RALLO LOMBARTE, A., «El derecho al olvido...», *op. cit.*, p. 3; y SIMON CASTELLANO, P., «El derecho al olvido...», *op. cit.*, p. 3). Curiosamente, en relación con este tema, la AEPD ha considerado que el tratamiento de datos personales efectuado por las hemerotecas digitales sí que cumplía con una libertad informativa y que, por lo tanto, debía prevalecer sobre el derecho al olvido. Sobre este tema, vid., por ejemplo, Resoluciones de Tutela de Derechos de la AEPD N.º TD/01164/2008 y N.º TD/01540/2008; así como las opiniones doctrinales de COTINO HUESO, L., «Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (art. 3 de la LOPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario a la Ley orgánica de protección de datos personales*, Civitas, Navarra, 2010, pp. 289-315 (p. 299); y, en sentido contrario, CARRILLO, M., «El derecho al olvido en Internet», en *El País*, 23 de octubre de 2009.

69 VOLOKH, E., «Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You», *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, pp. 1049-1124 (1051).

70 Objetivo recogido también en la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones «*Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea*». Bruselas, 4.11.2010, COM(2010) 609 final, p. 8.

71 Así lo manifestó la Comisaria de Justicia de la Unión Europea, Viviane Reding. Vid. Noticia de prensa «The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age», en *Europa Press*, de 22 de enero de 2012.

venga de uno mismo o de terceros) es inabarcable y perenne⁷². Los ciudadanos cada vez son más conscientes de ello y quieren poder controlar la información que sobre ellos circula por Internet⁷³. Y una forma de este control es la petición de su borrado y no indexación.

En este terreno a las dificultades legales se añaden las dificultades técnicas: conseguir que nuestros datos se eliminen de Internet no es tarea fácil. Incluso aunque se reconozca legalmente esta posibilidad —como parece recoger la Propuesta de Reglamento europeo—, el problema, como es lógico, sería ponerlo en práctica.

El TJUE ha intentado hacer frente a los problemas detectados, pero los inconvenientes no son sólo el cómo llevar este derecho a la práctica, sino saber quién está obligado a hacerlo. Y aquí, creemos que el TJUE no ha tomado la solución más acertada, sino la más preventiva o la socialmente más correcta con el fin de hacer ver a las grandes compañías americanas, como *Google*, que deben respetar la normativa europea sobre privacidad, el derecho fundamental a la protección de datos personales⁷⁴.

En primer lugar, el considerar a *Google* como responsable del tratamiento de la información publicada por un tercero cuando lo que hacen los buscadores con la indexación es una captación automática de la información —lejos de cualquier control efectivo sobre la misma, sobre su exactitud o veracidad—, pone en duda que los buscadores puedan ser considerados responsables del tratamiento. Sería jurídicamente más correcto entender que respecto de esa actividad de indexación *Google* actúa como un mero intermediario. La responsabilidad formal, jurídica y práctica de los datos personales que incumbe al motor de búsqueda debería limitarse, por lo tanto, a la posibilidad de retirar datos de sus servidores, y/o suprimir los *links* a la citada información siempre y cuando el responsable de la página web de origen no fuera localizado o técnicamente no pudiera evitar el acceso a dicha información, o incluso, como ya hemos visto, cuando «*tengan conocimiento efectivo*» de que están realizando enlaces a contenidos nocivos (con la dificultad práctica que esto supone). No podemos hacer responsable a *Google* por aquello que no ha sido censurado de origen. *Google* no puede convertirse en un censor de lo que indexa o de lo que no, sino que esta función debe recaer en la página web de origen, es decir, en el verda-

72 Entre las distintas situaciones conflictivas podemos mencionar cuando se hayan hecho copias de la información ilícita y se hayan almacenado en equipos informáticos difíciles de localizar; cuando se haya publicado la información en un servidor al que no le será aplicable la normativa europea; o incluso cuando estemos ante un caso de «exención doméstica», como en los casos de las Redes sociales. Sobre esta dificultad, vid. KOOPS, B. J., «Forgetting Footprints, Shunning...», *op. cit.*, pp. 8 y 11.

73 Se podría decir que nuestra «sombra digital» ha superado nuestra «huella digital». Al respecto, vid. GANTZ, J. / REINSEL, D., *The Digital Universe Decade*, IDC IVIEW, 2010. Disponible *on line* en <http://www.emc.com/collateral/analyst-reports/idc-digital-universe-are-you-ready.pdf> (Consultado 17/06/2014), que pone de manifiesto que entre el 2010 y el 2020 la cantidad de información digital creada y replicada en el mundo ascenderá a la cantidad de 35 trillones de gigabytes.

74 Así lo entiende también PIÑAR MAÑAS, «Defiendo la privacidad. No me he pasado al enemigo», en *El País*, de 8 de junio de 2014.

dero responsable del tratamiento. Lo contrario podría llegar a plantear una importante limitación de las libertades en la Red⁷⁵.

El hecho de hacer responsable a *Google* de algo que el responsable del tratamiento de datos en origen no ha hecho —esto es, evitar la indexación—, es contrario a la normativa de protección de datos propuesta en Europa. El editor de la página web de origen debería cumplir con sus obligaciones: evitar que la información se disemine sin consentimiento del interesado; realizar una estimación del impacto de sus actuaciones y tomar las medidas adecuadas al efecto (lo que se conoce como «evaluaciones de impacto» (*«privacy impact assessment»*, *PIAs*); o tratar los menos datos personales posibles para evitar su pérdida, alteración o uso indebido (lo que se conoce como principio de minimización de datos o *«privacy by default»*, *PbD*). Esta omisión por parte del editor de la web en origen es lo que pone en peligro la esencia misma del derecho a la protección de datos personales.

En segundo lugar, la obligación concreta de *Google* de eliminar los *links* de la información indexada, no consigue el verdadero objetivo de la persona que solicita el «olvido» de su información. Aunque el TJUE obligue al borrado de *links* a *Google*, la cuestión es que la información puede seguir circulando por la Red y puede ser indexada por otros buscadores como *Yahoo*, *Bing*, *Terra*, *Lycos*...⁷⁶.

El hecho de que incluso se haga responsable a *Google* de la información que también puedan llegar a publicar terceros en un futuro, mediante copias o enlaces, puede provocar situaciones anómalas y no resuelven el «olvido» solicitado. Puede que *Google* aplique todas las medidas «razonables», pero que no se llegue a conocer de forma efectiva todas las copias o enlaces que se hayan hecho⁷⁷. Esta cuestión se resolvería, en gran medida, si el editor de la web de origen tomara las medidas adecuadas.

Y, por último, en tercer lugar, la obligación de *Google* de hacer efectivo el derecho al olvido tras la ponderación de las circunstancias del caso concreto, sitúa a los buscadores en una compleja situación. En los casos de conflicto entre el derecho al olvido y otros derechos o intereses jurídicos en juego, la solución vendrá dada por la casuística. Habrá que ponderar qué interés debe prevalecer y se deberá superar el juicio de proporcionalidad⁷⁸. El derecho al olvido no puede ser considerado de forma aislada, sino que para poder entenderlo, debemos ponerlo «*en relación con su*

75 En este sentido, «La OSCE alza la voz contra la sentencia», en *El País*, de 30 de mayo de 2014. Vid., también, el Informe del CDT (Center for Democracy and Technology), «On the «right to be forgotten»: challenges and suggested changes to the data protection regulation», de 2 de mayo de 2013, p. 3.

76 PINA SÁNCHEZ, C. / GONZÁLEZ ROYO, I., «El «derecho al olvido» frente...», *op. cit.*, p. 40.

77 Vid. AMBROSE, M. L. / AUSLOOS, J., «The Right to...», *op. cit.*, p. 13; y, en el mismo sentido, Dictamen 08/2012, del G29, *Por el que se proporciona más información sobre los debates relativos a la reforma de la protección de datos*, adoptado el 5 de octubre de 2012 (WP199 (01574/12/ES)), p. 23.

78 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Protección de datos personales...», *op. cit.*, pp. 116-118 (p. 116); y TERWANGNE, C. DE, «Privacidad en Internet...», *op. cit.*, p. 63. Vid. Dictamen 01/2012, del G29, *Sobre las propuestas de reforma de la protección de datos*, de 23 de marzo de 2012 (WP 191 — 00530/12/ES), pp. 14-15.

función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales con arreglo al principio de proporcionalidad»⁷⁹.

La cuestión es que en estos casos de conflicto, la solución no debería pasar por volcar la obligación de ponderar en los motores de búsqueda. Es una labor que excede en mucho de sus competencias y que incluso debería realizarla en primer lugar el editor de la página web o, en su caso, los Tribunales⁸⁰. Pero la cuestión aquí es que un responsable, como *Google*, no es un órgano judicial: no se puede esperar que los responsables del tratamiento comprendan jurisprudencia o resoluciones y, mucho menos, que apliquen objetivamente unos criterios inexistentes a la multitud de solicitudes que puedan llegar a recibir⁸¹. Para hacernos una idea de la complejidad del tema —que también se ha hecho evidente para *Google*—, la compañía para hacer frente a la decisión del TJUE ha puesto en marcha un mecanismo para hacer efectivo el derecho al olvido⁸², y para poder realizar la citada labor de ponderación *Google* ha creado un Comité de expertos encargados de analizar caso por caso. Pero el Comité de expertos no lo tendrá fácil: desde la fecha de pronunciamiento del TJUE, en menos de un mes, *Google* ha recibido ya más de veinte mil solicitudes de derecho al olvido⁸³.

79 Sobre los límites de los derechos, y en relación con el derecho a la protección de datos personales, vid. STJUE, de 9 de noviembre de 2010, asunto *Volker und Markus Schecke and Eifert vs. Land Hesse* (asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09), § 48; y, con carácter general, a nivel nacional, STC 11/1981. Vid., también, CARRILLO, M., «El derecho al olvido en Internet», en *El País*, 23 de octubre de 2009.

80 Vid. CANCIO FERNÁNDEZ, R., «Indexación, información, motores de búsqueda y protección de datos o la cuadratura del círculo», en el *Observatorio de la Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza*, de 2 de septiembre de 2013. Disponible *on line* en <http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/indexacion-informacion-motores-de-busqueda-y-proteccion-de-datos-o-la-cuadratura-del-circulo.html> (Consultado 11/02/2014).

81 El TJUE debería haber tenido más en cuenta, como ha hecho en muchas otras ocasiones, el modo de proceder del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Debemos decir que el TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tipo de conflictos (aunque no lo haya hecho expresamente sobre el derecho al olvido), estableciendo unos criterios de resolución. Por todos, STEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Times Newspapers Limited (Nos. 1 and 2) vs. the United Kingdom*, § 45.

82 Dicho mecanismo («Solicitud de retirada de resultados de búsqueda en virtud de la Normativa Europea de Protección de Datos») se compone de dos aplicaciones: «una orientada a la generalidad de enlaces URL a contenidos de terceros que se muestran en los resultados de búsqueda del buscador Google Search; y otra específicamente orientada a los enlaces URL a imágenes publicadas por terceros, que se muestran al realizar búsquedas en la herramienta «imágenes» del buscador». Vid. «Aterrizar el derecho al olvido», en *El Mundo*, de 01 de junio de 2014; y «Ya se puede reclamar «el derecho al olvido» en Google», en *El País*, de 30 de mayo de 2014. Se puede encontrar el formulario en la siguiente dirección: https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch (Consultado 07/06/2014).

83 Justo dos semanas después del fallo del TJUE, *Google* creó un mecanismo para hacer efectivo el derecho al olvido a través de un formulario vía web. El mismo día que puso en funcionamiento dicho formulario recibió más de 12.000 solicitudes (una media de 20 solicitudes por minutos). Cada solicitud será examinada de forma individual por un Comité de expertos, compuesto por D. Jose Luis Piñar Mañas Exdirector de la AEPD; D. Jimmy Wales, fundador de Wikipedia; Frank La Rue, Relator especial de la ONU para la libertad de expresión; D. Luciano Floridi, Profesor de Filosofía y Ética de la información en la Universidad de Oxford; o Dña. Peggy Vackle, de la Universidad de Lovaina. Sobre estas cuestiones, vid. las noticias «Ya se puede reclamar «el derecho al olvido en Google», en *El País*, de 30 de mayo de 2014; «Google recibe 12.000 solicitudes de europeos que quieren borrar sus datos», en *El País*, de 31 de mayo de 2014; y «Defiendo la privacidad. No me he pasado al enemigo», en *El País*, de 8 de junio de 2014.

Finalmente debemos tener en cuenta que cuando hablamos de tratamiento de datos personales estamos hablando de un derecho fundamental, reconocido por la CDFUE, y que debemos garantizar las facultades que lo integran dotando de un mayor control a los ciudadanos. Internet hace un poco más complejo este objetivo, pero la Red se ha convertido en un servicio público esencial, donde las fronteras nacionales han desaparecido y donde el ejercicio de los derechos fundamentales exige una serie de principios nuevos que puedan hacer frente a los nuevos problemas que se plantean en este nuevo entorno⁸⁴. Queda mucho terreno por recorrer y el TJUE ha dado un gran paso, evidenciando la falta de hacer del legislador europeo⁸⁵. Pero se hacen necesarios nuevos principios y criterios universales que otorguen un verdadero poder de disposición a los ciudadanos sobre sus datos personales.

TITLE: *Unforgettable: A purpose of the ECJ Case of 13. May 2014. Case Costeja (Google vs. AEPD)*

RESUMEN: Con fecha 13 de mayo de 2014 el TJUE se pronunció sobre la interpretación de la Directiva comunitaria de protección de datos con el fin de concluir si existía o no un derecho al olvido en Internet y sobre quién y cómo debería hacerlo efectivo. El TJUE concluyó, por un lado, que existía un derecho al olvido en Internet como una de las facultades que integran el derecho fundamental a la protección de datos personales de los ciudadanos europeos (garantizado por el art. 8 CDFUE); y, por otro lado, concluyó que el responsable de hacerlo efectivo era el buscador en cuestión (en este caso, Google), independientemente de que la información en origen que había sido indexada fuera o no suprimida por el editor original o de la página de origen, y siempre que los intereses o derechos del solicitante fueran dignos de protección y prevalecieran sobre cualquier otro interés o bien jurídico en juego.

ABSTRACT: On 13 May 2014 the ECJ ruled on the interpretation of EU Data Protection Directive in order to conclude whether or not there was a right to be forgotten on the Internet and who and how should make it effective. The ECJ concluded, first, that there was a right to be forgotten on the Internet as one of the faculties that integrate fundamental right to data protection of european citizens (as guaranteed by article 8 EUCFR); and, on the other hand, concluded that responsible for doing so effective was the search engine involved (in this case, Google), regardless of the information in origin that had been indexed, was or not removed by the original editor or the source page, and while the interest or rights of the applicant were worthy of protection and prevail over any other interest or legal right at stake.

PALABRAS CLAVE: Cuestión prejudicial, TJUE, derecho al olvido, Google, AEPD, Directiva 95/46/CE, protección de datos personales.

KEY WORDS: Prejudicial Question, ECJ, right to oblivion, Google, AEPD, Directive 95/46/EC, personal data protection.

FECHA DE RECEPCIÓN: 01.06.2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2014

84 Así, TIM BERNERS LEE, creador de la *World Wide Web*, reclama la aprobación de una «Carta Magna para Internet», donde derechos como la libertad de expresión se unan al derecho a la privacidad. Al respecto, vid. «Necesitamos una Carta Magna para Internet», en *El País*, de 28 de mayo de 2014.

85 En este sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. «Olvidar es un fenómeno muy complejo», en el Blog *LOPID y Seguridad*, de 14 de mayo de 2014.

