

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXIX

■ Núm. 2183

■ Noviembre de 2015

ESTUDIO DOCTRINAL



El mal llamado «derecho al olvido» en la era de Internet

Ricardo Pazos Castro



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767
NIPO: 051-15-001-5
www.mjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

*Registrador de la Propiedad y
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y
Legislación*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excma. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

El mal llamado «derecho al olvido» en la era de Internet

RICARDO PAZOS CASTRO

*Investigador predoctoral de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela*

Resumen

La sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 ha recibido una gran atención mediática al reconocer la existencia del «derecho al olvido». Este artículo analiza en qué consiste verdaderamente este derecho, cómo afecta a la libertad de expresión y de información, y qué criterios deben seguirse a la hora de realizar una adecuada ponderación de derechos, así como qué consecuencias negativas puede conllevar el reconocimiento de un derecho al olvido frente a los gestores de motores de búsqueda.

Abstract

The ECJ judgment of May 13, 2014 has received a great deal of media attention because it recognizes the “right to be forgotten”. This article analyzes what this right means, how it affects freedom of expression and freedom of information, and which criteria must be followed to balance appropriately the opposing rights, as well as the negative consequences that may entail the recognition of the right to be forgotten against the operators of search engines.

Palabras clave

Sociedad de la información, nuevas tecnologías, motor de búsqueda, derecho al olvido, protección de datos, intimidad, reputación

Key words

Information society, new technologies, search engine, right to be forgotten, data protection, privacy, reputation

Sumario

1. Introducción
2. Los orígenes del «derecho al olvido»
3. La noción moderna de «derecho al olvido»
 - 3.1. El derecho reconocido en la sentencia *Google Spain y Google*
 - 3.2. ¿Un derecho novedoso?
 - 3.3. El «derecho a la oscuridad digital»
4. Los problemas del «derecho a la oscuridad digital»
 - 4.1. La ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la oscuridad digital
 - 4.2. La dimensión pública de las personas.
 - 4.3. La sobrecarga informativa
5. Conclusión
6. Bibliografía

Lista de abreviaturas

- AC: Referencia en el repertorio de jurisprudencia Aranzadi
- Cal. L. Rev.: California Law Review
- Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.: Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law.
- Colum. J. L. & Arts: Columbia Journal of Law & the Arts
- Geo. L. J.: Georgetown Law Journal
- Harv. L. Rev.: Harvard Law Review
- IDP: IDP. Revista de Internet, Derecho y Política
- Int. J. Law Tech.: International Journal of Law and Information Technology
- JCP: Jurisclasseur périodique

JORF: Journal officiel de la République Française

JUR: Referencia en el repertorio de jurisprudencia Aranzadi

LFIA: ley francesa 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los archivos y a las libertades (Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés)

LOPD: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

Marq. L. Rev: Marquette Law Review

RDPSP: Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Étranger

RDS: Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation

RJCA: Referencia en el repertorio de jurisprudencia Aranzadi

RJUAM: Revista Jurídica de la UAM

RTC: Referencia en el repertorio de jurisprudencia Aranzadi

Stan. L. Rev.: Stanford Law Review

TEDH: Referencia en el repertorio de jurisprudencia Aranzadi

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Utah L. Rev.: Utah Law Review

1 INTRODUCCIÓN

El 13 de mayo de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó su sentencia en el asunto C-131/12, que enfrentaba a Google Spain, S.L. y Google Inc. con la Agencia Española de Protección de Datos y D. Mario Costeja González, tras haber sido planteadas varias cuestiones prejudiciales por parte de la Audiencia Nacional mediante auto de 27 febrero 2012¹. Posteriormente, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 29 de diciembre de 2014² dictó sentencia en el litigio principal, teniendo en cuenta, como no podía ser de otro modo, las respuestas que había dado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales que le había planteado previamente la Audiencia.

Aunque en la resolución del Tribunal de Justicia se trataban diferentes aspectos relativos a la protección de datos, la cuestión que despertó mayor atención en la sociedad fue sin duda la relativa al mal llamado «derecho al olvido». Mal llamado, porque la expresión «derecho al olvido» evoca un imposible, ya que, en la medida en que todo derecho comporta una correlativa obligación, el derecho al olvido sencillamente no puede existir. ¿Puede una persona olvidar algo de forma voluntaria y automática? ¿Puede un órgano judicial adoptar una medida concreta para dar cumplimiento a la obligación de olvidar? ¿Puede comprobar un órgano judicial que el sujeto en cuestión ha olvidado aquello que se le ha ordenado eliminar de su memoria? ¿Puede un juez verificar que no queda ningún rastro de una información que en algún momento se haya encontrado disponible en Internet? Parece que la respuesta a las preguntas anteriores debe ser siempre negativa, y, en consecuencia, «derecho al olvido» se convierte en una expresión sencilla empleada para referirse a un derecho de objetivo mucho más modesto y cuyos destinatarios parecen estar más o menos determinados: los motores de búsqueda³. Mediante el ejercicio

¹ RJCA 2012, 321.

² RJCA 2014, 1065. Hay que señalar que en la misma fecha la Audiencia Nacional dictó otras sentencias que trataban el derecho al olvido frente a los motores de búsqueda. No obstante, cuando se cite la SAN de 29 de diciembre de 2014 en el presente trabajo se estará haciendo referencia a la resolución que trata el caso del Sr. Costeja.

³ Por ejemplo, Rodríguez Herrera, D. («Ya que estamos, ¿por qué no prohibimos escribir?», Libertad Digital, 13 de mayo de 2014. Disponible en <http://www.libertaddigital.com/opinion/daniel-rodriguez-herrera/ya-que-estamos-por-que-no-prohibimos-escribir-71554/> [última consulta: 10 de marzo de 2015]) afirma: «la única forma de que ese “derecho al olvido” se convirtiera en realidad consistiría en prohibir no ya internet, sino directamente la lectura y la escritura». Las palabras de Rodríguez Herrera son acertadas, puesto que en cuanto alguien

del derecho al olvido no se pretende eliminar información, sino dificultar el acceso a ella. El ejercicio de este derecho impide que los buscadores lleven a cabo su función, que es acercar a las personas información de la que de otra forma no tendrían conocimiento, respecto de cierto tipo de contenidos.

Quizás pueda decirse que nos encontramos en un momento análogo a 1890, cuando Warren y Brandeis publicaron su famoso artículo «The Right to Privacy». En este trabajo, los autores constataban que los avances de la sociedad habían dado lugar a la necesidad de reconocer nuevos derechos, poniendo de manifiesto que algunos tribunales ya habían resuelto casos basándose en una protección de la intimidad, aunque los jueces no siempre aludían a la intimidad de forma explícita, sino que recurrían a otras figuras como la quiebra de la confianza. En este contexto, Warren y Brandeis señalaban que en algún momento los tribunales se enfrentarían a la decisión de reconocer o no un verdadero derecho a la intimidad (*right to privacy*), posicionándose ellos mismos a favor de dicho derecho⁴. Es labor de los juristas actuales estudiar si los avances de la

haya dicho o escrito algo y otro lo haya escuchado o leído, es imposible garantizar el olvido. Sin ir más lejos, la página web referenciada en esta nota, así como otras que se citan a lo largo del presente trabajo, no fueron consultadas por primera vez en el momento de escribir estas líneas, sino que fueron guardadas en formato pdf o impresas al poco tiempo de su publicación en Internet. Por consiguiente, aun cuando la página fuente hubiese sido borrada, la información contenida en ella no sería olvidada, al menos en un plano teórico, en tanto no desapareciera también del soporte informático o físico en el que ha sido guardada. Ahora bien, desde un punto de vista práctico, lo cierto es que el paso del tiempo y, quizás sobre todo, el volumen de información que se acumula en la actualidad harían que ese soporte informático o físico cayeran igualmente en el olvido.

⁴ Cfr. Warren, S. D. / Brandeis, L. D., «The Right to Privacy», *Harv. L. Rev.*, vol. IV, nº 5, 1890, pp. 193-196, 200-210 y 213. Es en este artículo donde los autores aluden a la existencia de un derecho general «a no ser molestado» o «a ser dejado en paz» (to be let alone) si bien la expresión «to be let alone» no era original. De hecho, Warren y Brandeis citan como su origen (p. 195, nota 4) el tratado de Cooley, T. M., *The Law of Torts*, 2ª edición, Chicago, 1888, p. 29. Según indican Richards, N. M. / Solove, D. J. («Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality», *Geo. L. J.*, vol. 96, 2007, p. 129, nota 31), la expresión ya se contenía en la primera edición de la obra de Cooley, del año 1880. Sin embargo, tal y como han puesto de manifiesto los propios Richards, N. M. / Solove, D. J., loc. cit., p. 130; y Scheppele, K. L., *Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law*, Chicago, 1988, p. 186, nota 29, Cooley no utilizó la expresión «to be let alone» en el marco del derecho a la intimidad, sino en el derecho a no ser objeto de amenazas y agresiones (assault and battery). Cooley, T. M. (*A Treatise on the Law of Torts: Or the Wrongs which Arise Independent of Contract*, 3ª edición, Chicago, 1906, pp. 27-33) hizo una clasificación de los derechos legales y enunció un derecho a la inmunidad personal (personal immunity) cuya explicación comenzaba afirmando que el derecho a la propia persona (right to one's person) podía describirse como un «derecho a una completa inmunidad: a no ser molestado» (right of complete immunity: to be let

sociedad experimentados en los últimos años, con un extraordinario desarrollo de las nuevas tecnologías, y en particular la aparición de los motores de búsqueda, hacen necesario el reconocimiento de un nuevo derecho, el denominado derecho al olvido.

Este artículo pretende ofrecer una visión general de tal derecho. De esta forma, el apartado segundo está dedicado a sus orígenes, esto es, a cómo empezó a fraguarse la posibilidad de ocultar información del pasado de una persona para que no le afectase en su futuro. El apartado tercero se refiere a la noción de derecho al olvido tal y como ha sido planteado en la sentencia *Google Spain y Google*, analizándose su carácter novedoso y autónomo. Finalmente, el apartado cuarto versa sobre los problemas que plantea el derecho reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, intentando justificar por qué, desde mi punto de vista, el reconocimiento de ese derecho resulta poco conveniente.

2. LOS ORÍGENES DEL «DERECHO AL OLVIDO»

Botana García ha expuesto que el origen del derecho al olvido se encuentra para algunos en la labor de la *Commission nationale de l'informatique et les libertés* francesa, mientras que para otros hay que remontarse a la sentencia del Tribunal de Apelación de California *Melvin v. Reid*, de 1931⁵. Empezando por este segundo posible origen por ser anterior en el tiempo, los hechos que dieron lugar a la sentencia *Melvin v. Reid* son los siguientes. Gabrielle Darley era una mujer que ejercía la prostitución cuando fue juzgada en 1918 por asesinato, siendo finalmente absuelta. Tras su absolución, abandonó la prostitución y emprendió una nueva vida, contrayendo matrimonio en 1919 con Bernard Melvin, lo que supuso adoptar su apellido. En 1925, y sin permiso de esa mujer, su historia fue llevada al cine en la película *The Red Kimona*⁶, en la cual a la protagonista se le dio el nombre de soltera del personaje real, Gabrielle Darley. Gabrielle Melvin demandó a los responsables de la película,

alone). A continuación, el autor explicaba que la correlativa obligación de este derecho era no lesionar a otro, ni intentar hacerlo.

⁵ 112 Cal.App. 285 (1931). Cfr. Botana García, G. A., «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en el Caso Google», en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 120, Sección Informe de Jurisprudencia, Tercer trimestre de 2014, Editorial La Ley (La Ley 3941/2014), p. 18.

⁶ En muchas ocasiones, incluyendo en la propia sentencia *Melvin v. Reid*, el título es transcrito *The Red Kimono*.

basando su pretensión jurídica principal en la vulneración de su derecho a la intimidad (*right to privacy*), puesto que amigos suyos que desconocían su historia se enteraron de ella a causa de la publicidad de la película. Los responsables de ésta no sólo habían anunciado que la cinta reflejaba un caso real, sino también que el nombre de la protagonista se correspondía con el nombre real de la persona.

El tribunal californiano manifestó que, dado que los incidentes que se habían relatado en la película se encontraban en los documentos del juicio y que éstos eran públicos, no podía haber por esta vía una vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, incidió en el hecho de que los responsables de la película no se habían contentado con relatar unos hechos de carácter público, sino que habían hecho la publicidad del largometraje indicando que se trataba de un caso real, empleando el nombre real de la mujer que había sido juzgada. El tribunal dijo que si cabía estimar la acción ejercitada, era por el uso del verdadero nombre de soltera de la demandante. El órgano jurisdiccional prosiguió su razonamiento en términos de libertad individual, y de forma más específica, en el derecho «a perseguir y obtener seguridad y felicidad sin vulneración indebidas por parte de los demás». Este derecho incluía, según el tribunal, el derecho a vivir libre de los ataques de terceros contra la libertad, propiedad y reputación personales.

La relación entre el derecho a la intimidad y la libertad individual no es tan extraña como pudiera parecer. De hecho, Mayer considera que los orígenes del derecho a la intimidad se encuentran vinculados a la libertad contractual, que constituía el elemento esencial de la libertad personal como valor supremo del ordenamiento jurídico y que se manifestaba en otras vertientes diferentes de la mera libertad económica⁷. No obstante, el recurso del Tribunal de Apelación de California a la búsqueda de la felicidad fue criticado en un comentario publicado en 1931 en la *California Law Review*. El autor de dicho comentario lo justificó diciendo que los derechos reconocidos en disposiciones legislativas generales habían sido interpretados más como un límite al poder del Estado que como fuente de derechos entre particulares, siendo excepcionales estos últimos casos⁸.

⁷ Cfr. Mayer, D. N., *Liberty of Contract: Rediscovering a Lost Constitutional Right*, Washington, D.C., 2011, pp. 88-91 y 112-114.

⁸ Cfr. S.G.P., «Torts: The Right to Privacy and the Pursuit of Happiness», *Cal. L. Rev.*, vol. 20, 1931, pp. 101 y 102 (el artículo está firmado con las iniciales).

Pues bien, para el Tribunal, la utilización del nombre real de la demandante y la publicidad hecha para promocionar *The Red Kimona* resultaban innecesarias, por lo que el órgano judicial reprochó estos actos con base en su poca moralidad. El origen del derecho al olvido se encuentra cuando el Tribunal afirma que «toda persona que vive una vida de rectitud tiene ese derecho a la felicidad, que incluye la libertad frente a ataques innecesarios en su fama, posición social y reputación», de manera que, en la medida en que la mujer había cambiado su vida, tenía derecho a proseguirla sin que su reputación se viese dañada por «la publicación de la historia de su depravación pasada»⁹.

Como puede apreciarse, la sentencia *Melvin v. Reid* contiene el germen del derecho al olvido, pero no se configura en modo alguno como una figura propia, sino que se reconduce a una aplicación concreta de otras. En primer lugar, del derecho a la intimidad. De hecho, Posner se refiere a esta sentencia en un epígrafe titulado «El agravio consistente en publicar hechos íntimos». Sin embargo, no sólo el derecho a la intimidad entra en juego, puesto que fuertemente ligado a él se encuentra el derecho al honor, advirtiendo el autor citado que en la película no aparecían detalles íntimos de la mujer, no había desnudos ni tampoco se incidía en su vida sexual, sino que simplemente se relataba el pasado de una persona. El análisis de la sentencia *Melvin v. Reid* podría permitir concluir que, si bien formalmente se trata de un caso de derecho a la intimidad, en realidad constituye una cuestión de derecho al honor. Como explica Posner, la ley otorga una serie de remedios a la persona que se ve atacada por informaciones falsas que afectan a su reputación, pero también en algunos casos cuando la información no es engañosa. El autor distingue así entre dos tipos de información privada que resulta ser cierta pero que, sin embargo, las personas prefieren mantener oculta. Por un lado, la información que *desacredita* a una persona y le dificulta llevar a cabo transacciones beneficiosas, y, por otro, la información que no forma parte de la esfera pública de las personas pero que, a pesar de que no le *desacredita*, le *avergüenza*¹⁰.

⁹ En la sentencia *Melvin v. Reid* se dice que «...appellant had abandoned her life of shame, had rehabilitated herself and had taken her place as a respected and honored member of society. This change having occurred in her life, she should have been permitted to continue its course without having her reputation and social standing destroyed by the publication of the story of her former depravity».

¹⁰ Cfr. Posner, R., *Overcoming Law*, Cambridge (Massachusetts), 1995, pp. 539 y 541. También en el comentario del caso publicado en la *California Law Review*, mencionado anteriormente, se alude a la reputación como el fundamento de la resolución. Así, se indica que los hechos de la sentencia *Melvin v. Reid* podrían haber sido tratados como un supuesto

Scheppele se ha referido a la sentencia *Melvin v. Reid*, indicando otras decisiones judiciales que conocieron de asuntos similares. La autora expone que los tribunales no buscan determinar lo que la prensa puede publicar y lo que no, sino que centran su atención en la identificación de la persona. Cuando la identificación es «crucial para el entendimiento de la historia», dice Scheppele, los tribunales permiten vincular los hechos al nombre de la persona que los protagonizó. Cuando falta esa necesidad, los hechos pueden darse a conocer, pero omitiendo la información personal¹¹.

La sentencia *Melvin v. Reid* fue seguida, por ejemplo, en una resolución del *U.S. District Court for the Northern District of California* del año 1939, *Mau v. Rio Grande Oil, Inc.*¹². El demandante en *Mau v. Rio Grande Oil, Inc.* sufría ataques nerviosos desde que tiempo atrás había sido retenido y le habían disparado, de modo que la mera mención del incidente le provocaba crisis nerviosas y un estado de profunda angustia. Los demandados eran los productores de un programa de radio en el que se había recreado la situación sufrida por el demandante, utilizando su nombre real sin su consentimiento. El demandante sufrió una gran crisis como consecuencia de escuchar esa recreación en el programa de radio, lo que se agravó por el hecho de que algunos de sus amigos habían conocido el suceso a través del programa y habían contactado con él con el ánimo de hablar sobre algo que la otra persona quería olvidar. El tribunal consideró que la emisión radiofónica había vulnerado el derecho a la intimidad del demandante¹³.

Sin embargo, Posner no considera que la sentencia *Melvin v. Reid* sirviese para iniciar una firme corriente protectora del derecho a la intimidad y el honor, sino que este caso fue una decisión más bien aislada, rechazada como regla general¹⁴. En la sentencia del

de difamación o injurias, admitiéndose como defensa la verdad de la información difundida. Cfr. en este sentido S.G.P., loc. cit., p. 102.

¹¹ Cfr. Scheppele, K. L., op. cit., pp. 211-222.

¹² 28 F. Supp. 845 (1939).

¹³ En relación con la sentencia *Mau v. Rio Grande Oil, Inc.*, mencionando otros casos sobre el derecho a la intimidad, cfr. Callahan, J. A., «Torts - Right of Privacy - Unauthorized Radio Dramatization of Shooting», Marq. L. Rev., vol. 24, 1940, pp. 171 y 172.

¹⁴ Cfr. Posner, R., op. cit., pp. 542-546. Como ejemplos de sentencias que rechazan *Melvin v. Reid*, el autor cita las siguientes decisiones judiciales: sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); sentencia del Tribunal Supremo de Kansas *Rawlins v. Hutchinson Publishing Co.*, 543 P.2d. 988 (1975); sentencia

Tribunal de Apelación de Estados Unidos *Sidis v. FR Publishing Corp*¹⁵, por ejemplo, el tribunal rechazó que se vulnerase la intimidad de una persona que en su edad adulta vivía fuera de la atención del público tras haber sido un niño prodigio. El órgano jurisdiccional entendió que no podía olvidarse que en el pasado esa persona había sido una figura pública, y que aspectos de su vida posterior, ya alejada de la atención pública, suscitaban igualmente interés entre la sociedad; por lo que su publicación era legítima mientras no se difundiera información falsa y dicha información se limitase a «la vestimenta, las declaraciones, los hábitos y los aspectos ordinarios de la personalidad»¹⁶.

Un caso que guarda cierta semejanza con el que dio lugar a la sentencia *Melvin v. Reid* fue resuelto por la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de la Seine de 4 de octubre de 1965¹⁷. El litigio se originó a raíz de la realización en 1963 de la película *Landru*, dirigida por Claude Chabrol y basada en la vida del célebre asesino en serie Henri Désiré Landru. La demandante en el litigio era una antigua amante del criminal que solicitó una indemnización alegando, entre otros motivos, que la película le había causado un perjuicio al relatar una época de su vida que prefería olvidar, invocando la noción de «prescripción del silencio». El órgano judicial constató que Landru era un personaje célebre, complejo, cuya vida sólo podía reflejarse a través de la exposición de su relación con sus víctimas, diciendo que no podía haber una «prescripción del silencio» respecto de un acontecimiento histórico como era la vida de Landru. El tribunal puso de manifiesto que la demandante había publicado sus memorias y que los hechos recogidos en la película habían sido recogidos en documentos

del Tribunal Supremo de California *Forsher v. Bugliosi*, 26 Cal.3d 792 (1980); sentencia del Tribunal de Apelación de Estados Unidos *Street v. National Broadcasting Co.*, 645 F.2d 1227 (6th Cir. 1981); sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey *Romaine v. Kallinger*, 109 N.J. 282 (1988), sentencia del Tribunal de Apelación de Estados Unidos *Haynes v. Alfred A. Knopf Incorporated*, 8 F.3d 1222 (7th Cir. 1993). Cfr. también Werro, F., «The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash», *Haftungsrecht im dritten Millennium = Liability in the Third Millennium*, (editores A. Colombi Ciacchi et al.), Baden-Baden, 2009, pp. 293-298.

¹⁵ 113 F.2d 806 (2nd Cir. 1940).

¹⁶ En la sentencia se aludía a «truthful comments upon dress, speech, habits, and the ordinary aspects of personality». Un análisis detallado de la sentencia *Sidis v. FR Publishing Corp* se encuentra en BARBAS, S., «The *Sidis* Case and the Origins of Modern Privacy Law», *Colum. J. L. & Arts*, vol. 36, n.º 1, pp. 21-69.

¹⁷ JCP, 1966.II.14482.

judiciales accesibles al público, por lo que no se producía un uso indebido del nombre real de la persona.

Aunque el *Tribunal de Grande Instance* desestimó la demanda contra el director de la película, reconoció el derecho de la demandante a obtener una indemnización de la productora de la película. El motivo era que dicha productora no había solicitado autorización alguna para reflejar en la película al personaje de la demandante con poca ropa al lado de quien interpretaba a Landru. A pesar de que admitió que las imágenes de la película eran pudorosas (*puđiques*) en comparación con las que se encontraban en otras obras cinematográficas, estimó que la productora había vulnerado la vida privada de la demandante. La resolución del *Tribunal de Grande Instance* de la Seine fue recurrida en apelación. La *Cour d'appel* de París, en su sentencia de 15 de marzo de 1967, reiteró la denegación del derecho al olvido o prescripción del silencio, declarando también que no se había producido un uso indebido del nombre. Sin embargo, revocó la condena a la productora de la película. La *Cour d'appel* explicó que no se había vulnerado la vida privada de la demandante porque los hechos revelados ya habían sido difundidos legalmente y constaban en documentos públicos. Dio más importancia a la difusión de la información que había hecho la propia demandante no mucho tiempo antes para sostener que no podía pretender el olvido de una serie de datos que ella misma no había dejado atrás¹⁸.

En una nota a la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de la Seine de 4 de octubre de 1965, Lyon-Caen descartó que la resolución judicial se enmarcase en el derecho a la imagen, puesto que no era la demandante quien aparecía en la película. En lo que respecta a la intimidad, no debía entenderse como la representación de la demandante ligera de ropa, puesto que no era algo excesivo en comparación con otras películas, sino que la clave residía, en opinión del autor, en una «viva representación del amor» (*vivante représentation des amours*) que era posible cuando los amores eran ficticios, pero que requerían el consentimiento de los implicados cuando la representada era una historia real. En lo que más interesa a los efectos del presente trabajo, el fundamento de la decisión judicial, explicaba Lyon-Caen, se encontraría mejor expresado en el «derecho al olvido» (*droit à l'oubli*), siendo ésta la primera vez que aparecía esta denominación. De la nota del autor se deduce que este derecho se entiende como el rescate de un acontecimiento

¹⁸ Sentencia de la Cour d'appel de París (Sala 1ª) de 15 de marzo de 1967, JCP, 1967. II.15107; y RDS, 1967, Sommaires, p. 78.

lejano en el tiempo, quizás ya olvidado, teniendo el interesado un derecho al silencio sobre el asunto¹⁹.

El derecho al olvido fue reconocido en la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París (Sala 1ª) de 20 de abril de 1983²⁰. En esta resolución, el tribunal afirmó que una persona podía exigir el olvido pasado un tiempo desde que se había visto envuelta en acontecimientos públicos, de forma que el recuerdo de tales hechos ligados a esa persona sería ilegítimo si no encontrase fundamento en «necesidades de la Historia» o si, por la naturaleza de los sucesos acaecidos, pudiese herir la sensibilidad de quien los había protagonizado. Sin embargo, la Cour de cassation francesa negó el citado derecho en su sentencia de 20 de noviembre de 1990²¹. En este caso se había publicado un libro que recogía detalles de la vida privada de una mujer que habían sido difundidos públicamente y por medios lícitos cuarenta años antes. En este contexto, una vez que esa información había sido ya conocida y que su difusión inicial no vulneraba el derecho a la intimidad de la demandante, ésta no podía exigir un derecho al olvido e impedir que esos acontecimientos fuesen recordados posteriormente.

En cuanto a la labor de la *Commission nationale de l'informatique et les libertés* como origen alternativo del derecho al olvido, hay que comenzar diciendo que este organismo fue creado mediante el artículo 6 de la ley francesa 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los archivos y a las libertades (*Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en adelante LFIA)²². En su redacción original, el artículo 6 de la LFIA atribuía a la mencionada comisión la tarea de velar por el respeto de las disposiciones de la ley, así

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Grande Instance de la Seine de 4 de octubre de 1965 (JCP, 1966.II.14482, nota de Lyon-Caen, G.). Cfr. también Letteron, R., «Le droit à l'oubli», RDPSP, n° 2, 1996, pp. 388, 389, 411 y 412; Letteron, R., «Le droit à l'oubli de Florence Rey», Contrepoints, 28 de noviembre de 2013. Disponible en <http://www.contrepoints.org/2013/11/28/147879-le-droit-a-loubli-de-florence-rey> (última consulta: 13 de marzo de 2015). También resulta interesante la consulta de las sentencias de la Cour d'appel de París (Sala 1ª) de 13 de octubre de 1981 (RDS, 1983, Jurisprudence, p. 420, nota de Lindon, R.) y de 6 de octubre de 1982 (RDS, 1983, Jurisprudence, p. 185, nota de Lindon, R.); y la sentencia del Tribunal de Grande Instance de París de 6 de mayo de 1983 (RDS, 1984, Jurisprudence, p. 14, nota de Lindon, R.).

²⁰ JCP, 1985.II.20434, observaciones de Lindon, R.

²¹ Sentencia de la Cour de cassation francesa (Sala 1ª Civil) de 20 de noviembre de 1990 (recurso n° 89-12580. JCP, 1992.II.21908, nota de Ravanás, J.).

²² JORF de 7 de enero de 1978, p. 227.

como un poder reglamentario en los casos establecidos por la propia norma legal, precisándose en los artículos siguientes diferentes aspectos relacionados con la *Commission*. Cabe indicar que la ley francesa 78-17 ha sido objeto de numerosas y notables modificaciones, en particular, la operada por la ley nº 2004-801, de 6 de agosto de 2004²³. Actualmente la remisión sobre la regulación de la mencionada comisión debe hacerse a los artículos 11 y siguientes de la LFIA. Sin embargo, aunque la *Commission nationale de l'informatique et les libertés* se ha referido al derecho al olvido en diferentes ocasiones, considero que más bien el origen de este derecho puede encontrarse en general en la legislación de los Estados europeos sobre protección de datos. Siguiendo a SCHWARTZ, esta labor legislativa en materia de protección de datos comenzó con la ley dictada por el Parlamento del *land* alemán de Hesse de 30 de septiembre de 1970, siendo seguida por diversas leyes nacionales como la ley sueca de 1973, la alemana de 1977, y las leyes austríaca, francesa, danesa y noruega, todas ellas de 1978²⁴.

En esta misma línea, en el blog *votre-reputation.com* de la sociedad *Les Infostratèges* se explica que el derecho al olvido surge en las diferentes leyes europeas sobre protección de datos de los años setenta y ochenta, consistiendo en la obligación de no conservar los datos personales más allá del período necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento de datos²⁵. En consecuencia, podría decirse que el derecho al olvido es una evolución del principio de calidad de los datos personales tratados, manifestado en la temporalidad de la conservación de tales datos, el cual

²³ JORF de 7 de agosto de 2004, p. 24; NOR: JUSX0100026L. También resulta necesario mencionar el decreto nº 2005-1309, de 20 de octubre de 2005, adoptado para la aplicación de la ley 78-17 (JORF de 22 de octubre de 2005, p. 26; NOR: JUSC0520586D), modificado por el decreto nº 2007-451 de 25 de marzo de 2007 (JORF de 28 de marzo de 2007, p. 5782; NOR: JUSC0720211D).

²⁴ Cfr. Schwartz, P. M., «The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures», *Harv. L. Rev.*, vol. 126, nº 7, 2013, p. 4; Zanfir, G., «Tracing the right to be forgotten in the short history of data protection law: The “new clothes” of an old right», pp. 11-13. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2501312>. Una tabla con los años en los que se dictaron leyes sobre protección de datos en diferentes lugares se encuentra en Weber, R. H., «The Right to Be Forgotten. More Than a Pandora's Box?», *JIPITEC*, vol. 2, nº 2, 2011, p. 123. Especialmente interesante es el análisis efectuado por Simón Castellano, P. («El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet», *Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet* [coordinadores A. Cerrillo-i-Martínez et al.], Barcelona, 2011, pp. 396-400) sobre el derecho al olvido como una facultad derivada del derecho a la protección de datos personales.

²⁵ <http://www.votre-reputation.com/quest-ce-que-le-droit-a-loubli-2-le-danger-des-recoupements-informatiques/> (última consulta: 11 de marzo de 2015).

se encuentra recogido en el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Directiva sobre protección de datos)²⁶.

El artículo 6.1.c) de la Directiva sobre protección de datos obliga a garantizar que los datos personales tratados serán «adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente». El artículo 6.1.d) de la Directiva sobre protección de datos dice que éstos deben ser «exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas». Por su parte, el artículo 6.1.e) de la Directiva obliga a los Estados miembros a disponer que los datos personales serán «conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente».

En Derecho español, el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) lleva por rúbrica «calidad de los datos», recogiendo el principio que recibe la misma denominación. El artículo 4.1 de la LOPD establece que «los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido». El artículo 4.3 de la LOPD dispone que «los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado». Además, en los dos primeros párrafos el artículo 4.5 de la LOPD se dispone que «los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al

²⁶ DO L 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31.

necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados».²⁷

Análogo al artículo 4 de la LOPD es el artículo 6 de la LFIA, lo cual explica por qué el derecho al olvido aparece a menudo vinculado a este precepto. De hecho, en el ya citado blog *votre-reputation.com* se dice que el artículo 6.5 de la LFIA en su redacción actual «define la obligación de olvido»²⁸, si bien esta norma no es más que el equivalente del segundo párrafo del artículo 4.5 de la LOPD. De la misma forma, en la página web del *Centre national de la recherche scientifique (CNRS)*, organismo bajo la tutela del Ministerio francés de la Educación Nacional, de la Enseñanza Superior y de la Investigación, se alude al principio de «duración limitada de conservación de los datos» para a continuación decir que «es lo que se denomina derecho al olvido»²⁹.

La relación entre el derecho al olvido y el principio de conservación de los datos por un tiempo limitado ha sido observada, por ejemplo, por Schwartz. Este autor se refiere a la 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), de 25 de enero de 2012³⁰(en adelante, Propuesta de Reglamento general de protección de datos). Tras indicar que la Propuesta solo permite el tratamiento de datos personales para fines limitados y específicos, imponiendo además «límites temporales en el uso de los datos», Schwartz afirma que «siguiendo con este enfoque, el Reglamento propuesto crea el recién descubierto “derecho al olvido”»³¹.

Sin apartarnos de la conservación temporal de datos, el derecho al olvido también cuenta con importantes raíces en el campo del Derecho penal, en cuanto a la prescripción de los delitos y la rehabilitación de los condenados

²⁷ En relación con el artículo 4.5 de la LOPD, cfr. Simón Castellano, P., «El régimen constitucional del derecho...», cit., pp. 399 y 400.

²⁸ <http://www.votre-reputation.com/quest-ce-que-le-droit-a-loubli-2-le-danger-des-recoupements-informatiques/> (última consulta: 11 de marzo de 2015); así como en <http://www.votre-reputation.com/premiere-decision-judiciaire-francaise-contre-google-sur-le-droit-au-dereferencement/> (última consulta: 17 de marzo de 2015).

²⁹ <http://www.cil.cnrs.fr/CIL/spip.php?article1390> (última consulta: 12 de marzo de 2015)

³⁰ COM (2012) 11 final.

³¹ Cfr. Schwartz, P. M., loc. cit., p. 30.

como unos de los fines a los que deben estar orientadas las penas. De esta forma, el derecho al olvido podía entenderse en el campo penal como el derecho de las personas que habían sido condenadas a que los detalles sobre su condena no trascendiesen, de forma que su rehabilitación pudiese ser completa. Una vez que esos detalles perdían su razón de ser debían ser eliminados, pues sólo así podía respetarse verdaderamente la dignidad, el honor y la vida privada de esas personas³². De hecho, algún autor ha situado el origen del derecho al olvido, precisamente, en las normas francesas que impedían difundir la información sobre la condena y la pena privativa de libertad impuesta, cuando la persona ya había cumplido su pena y se había rehabilitado³³. Ya en la sentencia *Melvin v. Reid* se aludía a la rehabilitación de las personas que habían sido condenadas penalmente, indicando que debía buscarse la reintegración del criminal en la sociedad. En lugar de derribar (tear down) a esas personas, decía el Tribunal de Apelación de California, había que apoyarlas, debiendo aplicarse el mismo razonamiento respecto de las personas que deseaban comenzar una nueva vida.

En relación con esta cuestión, Weber distingue entre el *right to forget* (literalmente, derecho a olvidar) y el *right to be forgotten* (derecho a ser olvidado). El primero, dice el autor, consiste en la idea de que un suceso no debe ser «revitalizado» una vez que ha pasado un cierto tiempo desde que ha acaecido. Por su parte, el segundo supone la facultad de una persona de que sus datos dejen de estar disponibles, de forma que otros no puedan «seguir su rastro». El derecho a ser olvidado deriva así del poder de cada individuo sobre sus propios datos personales, relacionándose ampliamente con la dignidad personal, la reputación, y el

³² Cfr. Ambrose, M. L. / Ausloos, J., «The Right to Be Forgotten Across the Pond», JIP, vol. 3, 2013, pp. 1 y 2; Cofone, I., «Google v. Spain: A Right To Be Forgotten?», Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L., vol. 15, nº 1, 2015, p. 1 y 2; Letteron, R., «Le droit à l'oubli», cit., pp. 389, 390 y 410; Letteron, R., «Le droit à l'oubli de Florence Rey», cit., en relación con la sentencia de la Cour de cassation francesa (Sala Penal) de 15 de marzo de 1988 (recurso nº 84-91142) y el artículo 133-12 del Código penal francés; Simón Castellano, P., El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014, Hospitalet de Llobregat, 2015, pp. 108-116; Tamò, A. / George, D., «Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age», JIPITEC, vol. 5, nº 2, 2014, p. 72; Weber, R. H., loc. cit., pp. 120 y 121; Werro, F., loc. cit., pp. 285, 286, 290 y 291. En la ya mencionada sentencia del Tribunal de Grande Instance de París (Sala 1ª) de 20 de abril de 1983 (JCP, 1985. II.20434, observaciones de Lindon, R.), el propio tribunal hacía una especial mención a los condenados que habían cumplido su condena y procuraban su resinserción como sujetos que se beneficiaban del derecho al olvido.

³³ Cfr. Rosen, J., «The Right to Be Forgotten», Stan. L. Rev. Online, vol. 64, Symposium Issue, 2012, p. 88.

respeto por la vida privada de las personas³⁴. Especialmente relevante resulta la alusión a la vida privada, puesto que detrás del derecho al olvido va a encontrarse a menudo una preocupación por garantizar la intimidad de las personas. El artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵ establece que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». Pues bien, el derecho al olvido va a aparecer ligado a estos derechos, y caracterizado en ocasiones como un derecho de la personalidad derivado del derecho a la intimidad³⁶.

Al mismo tiempo, en la página web del Ministerio francés de la Educación Nacional, de la Enseñanza Superior y de la Investigación puede encontrarse un apartado dedicado a la consecución de un «Internet responsable». Dentro de este apartado hay una sección titulada «derecho al olvido»³⁷ en la que claramente se dice que existe un derecho a la cancelación o supresión de datos (*droit à l'effacement*), señalando que actualmente se debate el posible reconocimiento de un derecho «más amplio», como es el derecho al olvido. Por consiguiente, también podría decirse que el derecho al olvido es una evolución o concreción del derecho a la cancelación o supresión de datos³⁸. En la Directiva sobre protección de datos, el derecho a la supresión se recogió en el marco del derecho de acceso reconocido en su artículo 12. De esta forma, en virtud del artículo 12.b) de la Directiva, los Estados miembros están obligados a garantizar a los interesados el derecho a «la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos».

³⁴ Cfr. Weber, R. H., loc. cit., pp. 120 y 121.

³⁵ DO C 83, de 30 de marzo de 2010, p. 389.

³⁶ Cfr. Werro, F., loc. cit., pp. 286-290. Puede citarse al respecto la deliberación (délibération) de la Commission nationale de l'informatique et les libertés nº 88-52, de 10 de mayo de 1998 (NOR: CNIX8810447X). En esta resolución, la citada comisión señaló que, con base en la ley francesa 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los archivos y a las libertades, podía ordenarse la destrucción de la información cuando su conservación pudiese suponer un atentado contra «la identidad humana, los derechos del hombre, la vida privada o las libertades individuales o públicas», haciendo referencia al derecho al olvido.

³⁷ <http://eduscol.education.fr/internet-responsable/ressources/legamedia/le-droit-a-loubli.html> (última consulta: 11 de marzo de 2015).

³⁸ Cfr. las consideraciones efectuadas por Zanfir, G., loc. cit., pp. 13 y 14.

Como tuve ocasión de señalar en un artículo anterior, la relación entre el derecho de supresión (también el de rectificación) y el derecho de acceso se explica en la expresión «cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva», puesto que la forma de verificar este hecho es a través del acceso a los datos de los que dispone el responsable del tratamiento³⁹.

En Derecho español, el artículo 16 de la LOPD reconoce los derechos de rectificación y cancelación. Como ya se ha apuntado, el artículo 4.1 de la LOPD establece que «los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido». En este contexto, el artículo 16.2 de la LOPD dice que «serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos». Por su parte, el artículo 16.3 de la LOPD establece que «la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión».

En el ámbito del Derecho francés, cuando se habla del derecho al olvido también se suele hacer referencia al artículo 40 de la LFIA, similar al artículo 12.b) de la Directiva sobre protección de datos.

Sin embargo, Tamò y George indican que es preciso diferenciar el derecho al olvido entendido como *right to oblivion* o *droit à l'oubli*, que es aplicado a los supuestos relacionados con el Derecho penal que ya se han mencionado, del derecho a la supresión (*right of erasure*), que es la facultad de una persona de exigir la eliminación de la información personal de la que disponga un tercero. En el primer caso se trata de datos obsoletos, mientras que en el segundo caso no tiene por qué darse esta obsolescencia. La diferencia se manifiesta también en la finalidad de los derechos citados. En el caso del *right to oblivion* se busca respetar la intimidad y la libre personalidad del individuo en cuestión, mientras que en

³⁹ Cfr. Pazos Castro, R., «El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible?», *Indret*, nº 1, 2015, pág. 37.

el caso del *right of erasure* es una forma de satisfacer uno de los principios de la protección de datos personales⁴⁰.

Otro derecho propio de las normas sobre protección de datos con el que puede relacionarse la pretensión de olvido es el derecho de oposición. De acuerdo con el principio de consentimiento, la regla general es que la persona debe consentir el tratamiento y la cesión de sus datos personales. En aquellos casos en los que no es preciso el consentimiento previo de la persona y ya se está llevando a cabo el tratamiento de los mismos, el interesado podrá oponerse a que el tratamiento de datos continúe realizándose⁴¹. A modo de regla general, el artículo 7.a) de la Directiva sobre protección de datos señala que los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos sólo pueda llevarse a cabo cuando «el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca», si bien el mismo precepto recoge otras situaciones en las cuales el tratamiento de datos es lícito sin necesidad del consentimiento previo que se ha mencionado. Posteriormente, la Directiva sobre protección de datos recoge en el artículo 14 el derecho del interesado a oponerse a que sus datos sean tratados.

El citado artículo 14 dispone:

«Los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a:

a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos;

b) oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos de carácter personal que le conciernan respecto de los cuales el

⁴⁰ Cfr. Tamò, A. / George, D., loc. cit., pp. 72 y 73. Cfr. también Ambrose, M. L. / Ausloos, J., loc. cit., pp. 1, 2, 14 y 15; Simón Castellano, P. («The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate», *Lex Electronica*, vol. 16, nº 2, 2012, p. 18), quien recoge consideraciones muy similares pero refiriéndose al *right of erasure* como *right to be forgotten*.

⁴¹ Cfr. Aparicio Salom, J., *Estudio sobre la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 37-39 y 257-260. El autor indica (p. 258) que de los preceptos de la Ley Orgánica de Protección de Datos se deduce que «el derecho de oposición consiste en la negativa a la continuación del tratamiento, la cancelación genérica respecto de todos los datos que pudieran estar sometidos al mismo». Cfr. también Simón Castellano, P., *El reconocimiento del derecho al olvido...*, cit., pp. 191-193.

responsable prevea un tratamiento destinado a la prospección; o ser informado antes de que los datos se comuniquen por primera vez a terceros o se usen en nombre de éstos a efectos de prospección, y a que se le ofrezca expresamente el derecho de oponerse, sin gastos, a dicha comunicación o utilización».

Por su parte, en Derecho español, el artículo 6.1 de la LOPD establece que «el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa». A continuación, el artículo 6.2 de la LOPD establece una serie de casos en los que no es preciso el consentimiento del interesado indicado. El artículo 6.3 de la LOPD dispone que «el consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos», mientras que el artículo 6.4 de la LOPD precisa que «en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado».

El artículo 8.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dice que los datos de carácter personal «se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación».

Las deliberaciones (*délibérations*) de la *Commission nationale de l'informatique et les libertés* permiten constatar la evolución del derecho al olvido y su aplicación en supuestos variados. De esta forma, ya en la deliberación nº 81-119, de 15 de diciembre de 1981, la *Commission* aludió al derecho al olvido en relación con la duración de la conservación de los datos, señalando que el derecho al olvido había sido reconocido por la ley francesa 78-17, relativa a la informática, a los archivos y a las libertades. Además, dijo que este derecho era antiguo, relacionándolo fundamentalmente con el campo penal, manteniendo que no era posible admitir que la gendarmería conservase «el rastro de los pecados de juventud». En su deliberación nº 82-158, de 21 de septiembre de 1982, la *Commission nationale de l'informatique et les libertés* precisó que el derecho al olvido se encontraba previsto en el entonces artículo 28 de la LFIA, el cual señalaba que la información personal no podía ser

conservada más allá del tiempo previsto en la solicitud de informe o en la declaración que ordenaban hacer a la referida comisión los artículos 15 y 16 de la LFIA. La citada comisión también vinculó el derecho al olvido con la duración de la conservación de los datos en las deliberaciones nº 83-23, de 1 de marzo de 1983; nº 86-48, de 6 de mayo de 1986; nº 86-60, de 1 de junio de 1986; y nº 2005-213, de 11 de octubre de 2005⁴². Otras deliberaciones que deben ser mencionadas en relación con el derecho al olvido en el campo penal son la nº 98-097, de 24 de noviembre de 1998, la nº 00-064, de 19 de diciembre de 2000; la nº 2005-187, de 8 de septiembre de 2005; y la nº 2005-188, de 8 de septiembre de 2005⁴³.

El campo de actuación del derecho al olvido se fue ampliando para dar solución a otros problemas diferentes de la conservación de la información por un tiempo superior al debido, y que conectaban con los derechos de oposición y a la cancelación de datos. Por ejemplo, en la deliberación de la *Commission nationale de l'informatique et les libertés* nº 2010-449, de 2 de diciembre de 2010, que se refiere a una autorización para el tratamiento de datos personales en el marco de los servicios de salud y la creación de un dossier médico personal, la comisión afirma que «el paciente dispondrá de un derecho de oposición y de cancelación (derecho al olvido)». Otro ejemplo es la deliberación nº 2011-081, de 17 de marzo de 2011, que versa sobre una solicitud para el tratamiento de datos efectuada por el Instituto nacional de estudios demográficos (*Institut national des études démographiques*) de cara a la realización de un estudio sobre cómo afecta el entorno al desarrollo de los niños hasta la edad adulta. En esta deliberación puede leerse que los pacientes serán informados de la facultad de poner fin a su participación en el estudio en cualquier momento (facultad denominada «derecho de retirada») sin necesidad de justificar sus razones, así como un derecho a la «destrucción de los datos (“derecho al olvido”)». En la deliberación nº 2011-238, de 30 de agosto de 2011, se impuso una multa de diez mil euros a una asociación que recogía en su base de datos accesible al público decisiones judiciales sin alterar los nombres de los intervinientes, aun cuando las personas a quienes afectaban las citadas decisiones habían ejercitado su derecho de oposición al tratamiento de datos personales. La Commission, haciendo referencia a la deliberación anterior nº 01-057 de 29 de noviembre de 2001⁴⁴, reconoció el carácter público de las resoluciones judiciales, pero

⁴² NOR: CNIX0508839X.

⁴³ NOR: CNIX0609598X.

⁴⁴ NOR: CNIX0105263X. Sobre esta deliberación, cfr. Simón Castellano, P., El reconocimiento del derecho al olvido..., cit., pp. 143-145.

indicó la necesidad de asegurar el anonimato de los nombres y direcciones de los interesados para garantizar el derecho al olvido. En la mencionada deliberación nº 01-057, de 29 de noviembre de 2001, la *Commission* había recomendado que los editores de bases de datos jurídicas libremente accesibles se abstuviesen de recoger el nombre y dirección reales de dichas personas, incluyendo los testigos, a fin de «respetar la vida privada de las personas físicas implicadas y el indispensable “derecho al olvido”». Sin embargo, esta recomendación no se extendía a los jueces, magistrados y otros profesionales.

Asimismo, se ha hablado de un «derecho al olvido» al respecto de las *cookies*. En la Carta sobre la publicidad selectiva y la protección de los internautas (*Charte sur la publicité ciblée et la protection des internautes*) de 30 de septiembre de 2010, auspiciada por la Secretaría de Estado francesa de la Prospectiva y el Desarrollo de la Economía Digital, se recomienda que las *cookies* instaladas en un ordenador en el marco de publicidad según el comportamiento del consumidor (*behavioral advertising*) permanezcan en el equipo informático por un tiempo proporcional al ciclo de compra del bien o servicio hacia el que se pretende orientar al internauta. Como tiempo de duración de las *cookies* por defecto se propone un período de sesenta días⁴⁵.

Otro texto que debe traerse a colación es la Carta del derecho al olvido en las páginas web colaborativas y en los motores de búsqueda (*Charte du droit a l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche*), de 13 de octubre de 2010, impulsada también por la ya mencionada Secretaría de Estado francesa de la Prospectiva y el Desarrollo de la Economía Digital. La adhesión a esta Carta es voluntaria, y en ella se recogen una serie de buenas prácticas en relación con la gestión de datos publicados intencionadamente por los internautas, a los efectos de garantizar el disfrute por parte de estos internautas «de los derechos que constituyen el “derecho al olvido”»⁴⁶. La pauta de actuación más relevante

⁴⁵ Charte sur la publicité ciblée et la protection des internautes, p. 21. Disponible en http://www.fevad.com/uploads/files/Publications/20100929UFMD_v26_final.pdf (última consulta: 13 de marzo de 2015).

⁴⁶ Charte du droit a l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche, p. 5. Disponible en http://www.cil.cnrs.fr/CIL/IMG/pdf/CHARTE_DU_DROIT_A_L_OUBLI.pdf (última consulta: 13 de marzo de 2015). Las buenas prácticas engloban, entre otras cuestiones, suministrar información a los internautas y establecer «acciones pedagógicas», facilitar la gestión de los datos del usuario o mantener un nivel adecuado de protección en caso de comunicación de los datos a un tercero.

en lo que respecta a la noción de «derecho al olvido» sobre la que versa el debate actual, y que sin embargo, recibe muy poca atención en el documento, es la consistente en «proteger los datos personales de la indexación automática por los motores de búsqueda». En la Carta del derecho al olvido puede leerse que su objetivo es «facilitar el control por parte del editor de contenidos, de su indexación o no por los motores de búsqueda». Los motores de búsqueda firmantes se comprometen a colaborar con las páginas web fuente para «facilitar la no indexación de ciertos contenidos», por un lado, y proceder con la mayor rapidez posible a la actualización de la memoria caché del buscador cuando una información es modificada y a la eliminación de la información cuando un contenido deja de ser indexado⁴⁷.

En conclusión, la idea del olvido del pasado de una persona no es nueva. Como ya se ha indicado, en un principio tenía relevancia principalmente en el campo del Derecho penal. La expresión «derecho al olvido» fue apareciendo también vinculada a otros derechos como la intimidad, la reputación y la propia imagen⁴⁸, relacionándose asimismo con la conservación de la información durante un período de tiempo no superior al imprescindible para alcanzar los fines pretendidos con el tratamiento de datos personales, un aspecto que ya estaba presente en la noción de olvido en el ámbito del Derecho penal. Con el desarrollo de las normas sobre protección de datos personales, el derecho al olvido se relacionó también con los derechos de oposición y cancelación⁴⁹. La expresión fue ampliando progresivamente su campo de aplicación al ir apareciendo nuevos casos, diluyéndose en consecuencia su significado y haciendo imposible su establecimiento como figura propia. Como resultado, no podía presentarse una noción clara de este derecho diferenciada de las otras figuras que se han venido mencionando.

⁴⁷ Charte du droit a l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche, p. 7.

⁴⁸ Cfr. López García, M. («Derecho a la información y derecho al olvido en Internet», La Ley Unión Europea, nº 17, julio de 2014, pp. 41 y 42), quien afirma que «“derecho al olvido” es un término que se viene utilizando desde hace tiempo para referirse al carácter irrenunciable del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y que en los últimos años se ha ido relacionando con la protección de estos derechos en Internet, hablándose de un «derecho al olvido digital».

⁴⁹ No es casualidad que Ambrose, M. L. / Ausloos, J. (loc. cit., p. 7) indiquen que, si bien la Directiva sobre protección de datos no reconoce expresamente un derecho al olvido, éste puede encontrarse diluido en varios de sus preceptos, haciendo referencia a la conservación de datos por un tiempo no superior al necesario, al derecho de oposición al tratamiento de datos personales y al derecho de cancelación.

En un artículo publicado en 1996, LETTERON intentó caracterizar el «derecho al olvido», distinguiéndolo de otras figuras. La autora comenzaba señalando que el derecho al olvido confería a la persona el «dominio jurídico sobre su pasado», para luego incidir en que, a diferencia del derecho a la intimidad y del respeto a la vida privada, el derecho al olvido suponía una desaparición definitiva de la información. Además, el derecho al olvido no se refería exclusivamente a los aspectos de la vida privada de una persona, sino que tenía un contenido más amplio. También pretendía distinguir el derecho al olvido del derecho a la cancelación de datos, poniendo de manifiesto que en este segundo caso, para cumplir con las exigencias legales al respecto, bastaba con eliminar la identificación personal en la información. En el ámbito penal, el derecho al olvido se manifestaba en la eliminación de cualquier rastro que pudiese impedir la reinserción de la persona, reinserción que no podría tener lugar si existiese el riesgo de que el pasado de la persona pudiese afectarle de alguna forma en su nueva vida⁵⁰.

Dada la variedad de usos de la noción de olvido, podría analizarse la necesidad de su reconocimiento en cada uno de ellos. Sin perjuicio de que a lo largo de los siguientes epígrafes se puedan hacer referencias a las diversas dimensiones del derecho al olvido, el presente trabajo se centrará en este derecho tal y como ha sido proclamado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia *Google Spain y Google*.

3. LA NOCIÓN MODERNA DE «DERECHO AL OLVIDO»

Tradicionalmente, aunque en apariencia una persona disfrutase del olvido, en la práctica su interacción con el resto de ciudadanos podía verse dificultada, pero era difícil identificar tales casos porque la divulgación de la información tenía lugar sin que hubiese constancia de ello, o sin que la fuente de la información fuese fácilmente accesible a todas las personas. Garantizar la desaparición definitiva de los datos no era posible, pero el hecho de que la tecnología se encontrase lejos de las posibilidades actuales ocultaba la existencia del problema. A fin de cuentas, conservar datos en un mundo «físico» (en contraposición a un mundo «digital») era costoso, por lo que los datos se perdían poco a poco, ya que la memoria y la transmisión oral no son un mecanismo fiable si el objetivo es preservar la información⁵¹.

⁵⁰ Cfr. Letteron, R., «Le droit à l'oubli», cit., pp. 407-410 y 413.

⁵¹ Cfr. Warren, S. D. / Brandeis, L. D., loc. cit., p. 217, nota 4. Los autores citan a Godkin, E.

La distinción entre el mundo físico y digital es tomada de KERR, quien la utiliza para reflexionar sobre los cambios en la investigación penal, pero sus consideraciones pueden adaptarse perfectamente al presente estudio. Como señala el autor, el mundo físico cuenta con una serie de límites que el mundo digital desconoce, ya que las pruebas físicas de la comisión de un delito ocupan espacio, su ocultación no siempre es sencilla y el lugar de su situación es más o menos predecible, mientras que con las pruebas que se encuentran en medios digitales sucede lo contrario⁵². De la misma forma, la conservación de la información personal es actualmente poco costosa, puede realizarse con poco esfuerzo y a través de medios muy variados. Y ocultar que se dispone de información en un soporte duradero es relativamente fácil, al igual que resulta sencilla su transmisión a terceros.

Si ya había dudas sobre la posibilidad de eliminar definitivamente la información cuando el mundo era físico, esas dudas aumentan cuando el mundo pasa a ser digital, aunque quizás sea más correcto decir que las dudas desaparecen: en el mundo digital parece una utopía pensar que la información pueda desaparecer de forma definitiva. Cuestión distinta es que «caiga en el olvido» en la práctica, es decir, que, pese a existir y ser accesible, no se conozca. Este hecho es quizás más probable justamente en un mundo digital, porque hay más información de la que se puede gestionar y cada elemento de información pasa desapercibido entre los demás, si bien en este caso el olvido no se identifica con una desaparición absoluta de la información. Sin embargo, no sólo la conservación de la información devino más sencilla y menos costosa, sino que también lo hizo el acceso a la misma, lo cual era una necesidad imperiosa habida cuenta del aumento en el volumen de la información. A este respecto, cobran importancia los motores de búsqueda. Con los millones de páginas web fuente que generan información, los buscadores permiten a los usuarios hacer una selección preliminar de la misma. Sin dicha selección resultaría difícil aprovechar las ventajas de la mayor capacidad de preservación de la información.

L., «The Rights of the Citizen. IV. To His Own Reputation», *Scribner's Magazine*, vol. 8, nº 1, julio de 1890, pp. 58-67, reproduciendo un párrafo de la página 66. En este párrafo, Godkin constata que el cotilleo transmitido de forma oral no tiene gran capacidad de difusión, manteniéndose la información en el círculo cercano a la persona de la que trata. Cfr. también Simón Castellano, P., «El régimen constitucional del derecho...», cit., pp. 393-395; y Simón Castellano, P., *El reconocimiento del derecho al olvido...*, cit., pp. 60-63.

⁵² Cfr. Kerr, O. S., «Applying the 4th Amendment to the Internet», *Stan. L. Rev.*, vol. 62, nº 4, 2010, pp. 1012-1015.

En su deliberación nº 01-057, de 29 de noviembre de 2001⁵³, la *Commission nationale de l'informatique et les libertés* se refirió precisamente a la evolución de la tecnología en el marco del acceso a información jurídica. La comisión constataba que, mientras que en 1985 obtener una resolución judicial era difícil, y en general sólo era posible a través de bases de datos que requerían el pago de un precio, gracias a los motores de búsqueda resultaba mucho más sencillo. En 2001, decía la *Commission*, bastaba con «preguntar» a un motor de búsqueda por una persona para obtener un perfil de la misma gracias al conjunto de resultados ofrecidos por el motor. De esta forma, si el motor de búsqueda había indexado el nombre de una persona que se encontraba en una resolución judicial, ésta se encontraría a disposición de cualquier internauta.

A día de hoy, la expresión «derecho al olvido» todavía es empleada en situaciones muy diversas, relacionándose continuamente con otras instituciones jurídicas asentadas, de manera que tal derecho es descrito de forma diferente por los autores incluso cuando se refieren a la misma situación. Dado que el debate sobre el derecho al olvido ha vuelto a adquirir una gran relevancia entre la opinión pública a partir de la sentencia *Google Spain y Google*, es preciso examinar qué se entiende por derecho al olvido en este caso. Posteriormente podrá analizarse la conveniencia o no de reconocer el derecho concreto de que se trata en la sentencia.

3.1. El derecho reconocido en la sentencia *Google Spain y Google*

El caso que condujo a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Google Spain y Google* partía de unas deudas que don Mario Costeja González había contraído con la Seguridad Social años atrás. La existencia de estas deudas dio lugar a que, por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, un periódico español publicase dos anuncios en los que se informaba de una subasta de inmuebles propiedad de la persona mencionada a fin de extinguir la deuda. Esos anuncios, inicialmente publicados en soporte papel, aparecieron más adelante en la versión electrónica del periódico. Once años después, cuando la Seguridad Social ya había obtenido las cantidades que se le debían, el Sr. Costeja se dio cuenta de que introduciendo su nombre en el motor de búsqueda de Google podía acceder a la edición digital del periódico en la que se contenía la información relativa a los dos anuncios comentados. Al estimar que esa información ya no era relevante en 2009, el 23 de

⁵³ NOR: CNIX0105263X.

noviembre de ese año solicitó a la editorial del periódico que borrara la información de la versión electrónica⁵⁴.

La editorial respondió diciendo que no podían borrar esa información, dado que la publicación había sido realizada por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En consecuencia, el Sr. Costeja se puso en contacto con Google Spain, S.L., solicitando a la compañía el 8 de febrero de 2010 que su buscador no arrojase entre los resultados de búsqueda el enlace a la versión digital del periódico en la que se recogían los anuncios de la subasta. La solicitud fue desatendida, y don Mario Costeja presentó una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos el 5 de marzo de 2010, solicitando la eliminación o modificación de la información tanto a la editorial como al titular del motor de búsqueda. Dicha reclamación fue resuelta mediante la Resolución nº R/01680/2010, de 30 de julio de 2010⁵⁵, en la cual la citada agencia determinó que la no atención de la solicitud del Sr. Costeja estaba justificada en el caso de la editorial del periódico, pero no en el caso de Google. Esta compañía fue instada a adoptar «las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e [imposibilitar] el acceso futuro a los mismos».

Hay que precisar un par de cuestiones sobre este último aspecto. En primer lugar, la Agencia Española de Protección de Datos obligó a Google a retirar los datos personales de su índice. Técnicamente, se obligaba a Google a una acción puntual, ya que Google borraría de su índice actual esos datos; pero, en realidad, nada impediría que en futuros rastreos de la red la página web fuente volviese a ser recopilada por el motor de búsqueda, captando de nuevo esos datos personales y alojándolos en su índice. La agencia debió decir que prohibía a Google el indexado de los datos personales recogidos en la página web fuente. De esta forma, el respeto de la prohibición requeriría tanto una obligación de hacer (borrar datos del índice actual) como una de no hacer (abstenerse en lo sucesivo de incorporar esos datos al índice).

⁵⁴ Sobre un caso similar, en el que una persona introduce su nombre en un buscador y lo que aparece no le resulta muy favorable, cfr. BATTLELLE, J., *Buscar. Cómo Google y sus rivales han revolucionado los mercados y transformado nuestra cultura*, Barcelona, 2006, pp. 245-248.

⁵⁵ Procedimiento nº TD/00650/2010. Puede accederse a la resolución a través de http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2010/common/pdfs/TD-00650-2010_Resolucion-de-fecha-30-07-2010_Art-ii-culo-16-LOPD_Recurrida.pdf (última consulta: 17 de marzo de 2015).

En segundo lugar, la Agencia Española de Protección de Datos obligó a Google a hacer imposible el acceso a los datos personales recogidos en la página web fuente. Esta obligación estaba vacía de contenido porque se obligaba a Google a hacer *un* imposible. El motor de búsqueda es un intermediario que conecta a un internauta con una página web, diciéndole la URL (*Uniform Resource Locator*, «Localizador Uniforme de Recursos») en la que se encuentra una página que puede serle de utilidad. Pero un internauta puede acceder a cualquier web sin necesidad de pasar por el motor de búsqueda, basta con que introduzca la URL de la página que quiera visitar. Dicho de otra forma, un internauta podría haber accedido a la edición digital del periódico y anotar el enlace en el que se encontraba. Una vez que Google ya no ofreciese esa página entre sus resultados de búsqueda, el internauta podría igualmente llegar a la información, porque sabría dónde se encuentra. En este caso, los datos no serían de imposible acceso, y Google no podría hacer nada por evitarlo.

Tanto Google Spain, S.L., como Google, Inc. presentaron sendos recursos contencioso-administrativos contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 30 de julio de 2010. La Audiencia Nacional, competente para conocer de estos recursos, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales, de entre las que sólo se hará referencia a las que interesan a los efectos del presente trabajo. La Audiencia Nacional deseaba saber si la actividad de búsqueda que lleva a cabo el motor de Google constituye un tratamiento de datos en el sentido de la Directiva sobre protección de datos, así como, para el caso de que la respuesta fuese afirmativa, si la empresa que gestiona un motor de búsqueda debe ser considerada un «responsable del tratamiento». De ser así, se preguntaba asimismo si el interesado podía dirigirse directamente contra el gestor del motor y exigirle la retirada de sus índices de una información publicada por terceros, sin necesidad de dirigirse previa o simultáneamente a ese tercero como titular de la página web fuente. Si la respuesta a esta última cuestión también era afirmativa, la Audiencia quería saber si cambia en algo la respuesta el hecho de que la información que recoge los datos personales haya sido publicada lícitamente por terceros y se mantenga en la página web fuente. Por último, la Audiencia Nacional preguntaba si los derechos de oposición y cancelación y bloqueo de datos reconocidos en la Directiva sobre protección de datos comprenden también que una persona pueda dirigirse contra el titular de un motor de búsqueda y exigir que no se indexe la información que le concierne y que se encuentra disponible en una página web, con base en que puede serle perjudicial o en que simplemente quiere

que esa información quede olvidada, aunque la publicación de la información sea lícita.

En cuanto a si la actividad del buscador de Google constituye un tratamiento de datos personales, debe recordarse que el artículo 2.b) de la Directiva sobre protección de datos define «tratamiento de datos personales» como «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». Teniendo en cuenta esta definición, el Tribunal de Justicia considera que sí se produce un tratamiento de datos, en la medida en que entre la información indexada por el motor de búsqueda que luego es puesta a disposición de los internautas figuran datos personales. El motor de búsqueda consulta las páginas web fuente, recopila la información, la organiza, la conserva en su índice, y después comunica el contenido de ese índice a los usuarios cuando éstos hacen una búsqueda. Para el tribunal, es irrelevante que el motor de búsqueda no distinga entre datos personales y otros datos al recoger la información, no siendo relevante tampoco el hecho de que la información recopilada haya sido publicada por terceros en Internet (incluyendo medios de comunicación) y no sea objeto de modificación por parte del motor de búsqueda⁵⁶.

Sobre si el gestor del buscador es un responsable del tratamiento, el artículo 2.d) de la Directiva sobre protección de datos precisa que por «responsable del tratamiento» se entiende «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario». Para el Tribunal de Justicia, el gestor del motor determina los fines y los medios del tratamiento de datos personales que lleva a cabo. No se opone a esta conclusión la circunstancia de que los editores de las páginas web puedan indicar a los gestores que no desean la indexación automática de ciertos contenidos, a través de protocolos de exclusión. El tribunal considera que está claro que el gestor de un motor

⁵⁶ Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 27 a 31.

queda englobado en la definición proporcionada por el artículo 2.d) de la Directiva sobre protección de datos, añadiendo que la definición amplia de responsable del tratamiento es necesaria para dar una adecuada protección a las personas. No deben quedar excluidos de la definición los buscadores por el hecho de que no ejerzan control sobre los datos publicados por terceros. El TJUE constata asimismo el importante papel que desempeñan los motores de búsqueda en la sociedad actual, cómo facilitan la conexión entre el internauta y una información aparecida en una página web fuente, y cómo resulta sencillo elaborar un perfil más o menos completo de una persona a partir de una búsqueda efectuada introduciendo su nombre completo⁵⁷.

La siguiente cuestión prejudicial que debe comentarse se refiere al posible ejercicio de los derechos de oposición y de rectificación, cancelación y bloqueo de datos directamente contra el gestor del motor de búsqueda y sin dirigirse igual y simultáneamente al titular de la página web que presenta el motor de búsqueda en su lista de resultados. La cuestión se restringe al ejercicio de los derechos mencionados cuando la búsqueda a través del motor se efectúa introduciendo el nombre de una persona, comprendiendo el caso de que la publicación por parte de la página web fuente sea lícita. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea inicia su respuesta haciendo referencia a la relación entre el tratamiento de datos personales y el derecho a la intimidad, por lo que los derechos derivados de la Directiva sobre protección de datos deben ser interpretados en relación con los derechos fundamentales. En particular, con los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los cuales tratan, respectivamente, el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones, y el derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

El tribunal analiza los derechos de rectificación, cancelación y bloqueo de datos, reconocidos en el artículo 12.b) de la Directiva sobre protección de datos para cuando los datos sean incompletos, inexactos o de cualquier otro modo contravengan las normas aplicables al tratamiento. Incide en que el tratamiento de datos que realiza un motor de búsqueda podría estar amparado por el artículo 7.f) de la Directiva sobre protección de datos, el cual faculta para realizar un tratamiento de datos si «es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos,

⁵⁷ Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 33 a 40.

siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva». El TJUE también comenta el derecho de oposición al tratamiento de datos, reconocido en el artículo 14 de la Directiva. En virtud del artículo 14.1.a) de la Directiva, los Estados miembros deben reconocer al interesado el derecho a oponerse a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, «al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular (...) salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa». Por consiguiente, tanto en el caso de los derechos de rectificación, cancelación y bloqueo de datos como en el derecho de oposición, es preciso comparar los diferentes intereses para determinar cuál de ellos debe prevalecer⁵⁸.

El epígrafe 4 de este trabajo está dedicado, precisamente, a la ponderación de intereses que debe hacerse en el ámbito del derecho al olvido. En consecuencia, y aunque la cuestión prejudicial que se estudia en este momento no se refiere expresamente al olvido, su indudable relación con éste justifica que sea en el siguiente epígrafe donde se exponga el razonamiento del Tribunal de Justicia. No obstante, puede indicarse ya en este momento que la posición del Tribunal es favorable, en principio, a la persona que puede ser identificada a través de los datos personales que constan en la página web fuente.

Tras llevar a cabo la ponderación de derechos a la que ha hecho referencia, la autoridad competente en materia de protección de datos o los órganos judiciales pueden ordenar la eliminación de un resultado de la lista ofrecida por un buscador tras introducir el nombre de una persona como términos de búsqueda. El máximo órgano jurisdiccional comunitario señala que la ponderación de intereses puede arrojar resultados diferentes cuando el interés evaluado sea el de la página web fuente y cuando sea el del buscador. Este segundo mecanismo facilita mucho la obtención y la difusión de información, por lo que las consecuencias sobre la vida privada de las personas son mayores que en el caso de las páginas web fuente. Hay que tener en cuenta, además, que la página web fuente puede difundir los datos con fines exclusivamente periodísticos, quedando cubierto el tratamiento de datos que realiza por el artículo 9 de la Directiva

⁵⁸ Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 68 a 76.

sobre protección de datos, precepto del que el motor de búsqueda, en principio, no puede beneficiarse⁵⁹.

En virtud del citado artículo 9 de la Directiva, «en lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión».

Se concluye que los artículos 12.b) y 14.a) de la Directiva sobre protección de datos confieren al interesado la facultad de exigir al gestor de un motor de búsqueda que elimine de la lista de resultados ofrecidos por el buscador el enlace a una página de terceros que contiene información sobre esa persona. Esta facultad se concede cuando el enlace se obtiene tras una búsqueda empleando el nombre de una persona, y puede llevarse a cabo incluso cuando la información personal del interesado permanezca en la página fuente y su publicación sea lícita.

Por último, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analiza si una persona tiene derecho a exigir que un motor de búsqueda no indexe la información sobre ella aparecida en páginas web de terceros, bien porque el conocimiento de esa información por los usuarios del motor podría serle perjudicial, bien porque, simplemente, desea que esa información sea olvidada. A pesar de la referencia a la indexación, el Tribunal entiende que la pregunta versa en realidad sobre la posibilidad de exigir la retirada de una página web de la lista de resultados mostrada por el buscador, posibilidad que se reconduce a los derechos de oposición y cancelación y bloqueo de datos.

El tribunal argumenta que un tratamiento de datos inicialmente lícito puede devenir ilícito por el mero transcurso del tiempo, ya que el tratamiento de datos debe responder a un principio de calidad que ya ha sido comentado en el presente trabajo. Si de las letras c), d) y e) del artículo 6.1 de la Directiva sobre protección de datos se deriva que los datos deben ser adecuados, pertinentes, no excesivos, exactos y conservados por un tiempo no superior al necesario, cuando el simple transcurso del tiempo afecte a estos elementos, el tratamiento de datos se hará ilícito. De esta manera, si el interesado solicita al gestor del motor de

⁵⁹ Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 82 a 87.

búsqueda la eliminación de alguno de los resultados que se ofrecen tras realizar una búsqueda a partir de su nombre, el gestor debe examinar si ese resultado contiene información inadecuada, no pertinente o excesiva. Si es así, deberá suprimir ese resultado de la lista ofrecida por el buscador, aun cuando la información sea exacta y verídica⁶⁰. La continuación de la exposición del Tribunal de Justicia se refiere al análisis de la solicitud que debe hacer el gestor del motor de búsqueda y, en última instancia, la respuesta final que da el Tribunal alude especialmente a esta última cuestión.

Nuevamente, dado que esta parte de la respuesta se refiere a la ponderación del interés de la persona a la que se refiere la información y del interés en que esa información permanezca accesible al público a través del motor de búsqueda, será objeto de comentario en el epígrafe 4 del presente trabajo.

Tras el examen de la sentencia *Google Spain y Google* que volvió a poner de máxima actualidad el debate sobre el derecho al olvido, debe destacarse en primer lugar que este derecho no se corresponde con la finalidad tradicional que se le atribuía al olvido, debido a que no supone la eliminación definitiva de la información. PIÑAR MAÑAS apunta con acierto que «el que un buscador cancele los datos de una persona no significa que tales datos desaparezcan de Internet. Siguen existiendo y cualquiera podrá localizarlos a través de otros buscadores o de forma más artesanal»⁶¹. Tampoco se trata de un derecho «a no ser buscado», puesto que cualquier internauta puede servirse de los buscadores con el ánimo de obtener información sobre una persona, para lo cual podrá introducir el nombre completo de esa persona como términos de búsqueda. Y tampoco es un derecho «a no ser indexado», ya que los motores de búsqueda

⁶⁰ Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 92 a 95.

⁶¹ Cfr. Piñar Mañas, J. L., «“Caso Google”: ¿una mejor privacidad?», *El País*, 15 de mayo de 2014. Disponible en http://elpais.com/elpais/2014/05/14/opinion/1400086304_243572.html (última consulta: 10 de marzo de 2015). Cfr. también DARRIERE, R., «Première condamnation française de Google sur le fondement du droit à l’oubli numérique», *Village de la Justice*, 5 de enero de 2015. Disponible en <http://www.village-justice.com/articles/Premiere-condamnation-francaise,18636.html> (última consulta: 30 de marzo de 2015); MINERO ALEJANDRE, G., «A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital», *RJUAM*, n.º 30, 2014, p. 153; así como el documento de la Commission nationale de l’informatique et les libertés titulado «Derecho a ser desclasificado. Interpretación común de la sentencia del TJUE» (*Droit au déréférencement. Interprétation commune de l’arrêt de la CJUE*), p. 2. Disponible en http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Vos_libertes/Droit_au_dereferencement-Interpretation-Arret.pdf (última consulta: 10 de marzo de 2015).

seguirán rastreando constantemente la red e incorporando a su índice las páginas web que encuentren, incorporando a dicho índice de forma automática datos personales si éstos constan en las páginas web fuente. Como se recordará, la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos obligaba a Google a borrar de su índice los datos personales del Sr. Costeja que constaban en la edición digital del periódico, pero no impedía la indexación de datos personales de esta persona si en el futuro aparecían en otra página web y esta era rastreada por el motor de búsqueda de Google. Además, si bien es cierto que los términos de la resolución no impedían, como se ha apuntado, la indexación posterior de la propia página web fuente que contenía la edición digital del periódico, probablemente la agencia española quisiese en realidad prohibir también la futura indexación de esa misma página. Sin embargo, en la sentencia *Google Spain y Google* no se reconoce el derecho a prohibir esta indexación, sino simplemente el hecho de que esa página concreta aparezca entre los resultados de búsqueda ofrecidos al internauta⁶².

Así pues, el «derecho al olvido» reconocido en la sentencia comentada consiste en el derecho a que una determinada página fuente que se refiere al interesado no aparezca en una lista. De hecho, el Grupo del artículo 29, grupo de carácter consultivo en materia de protección de datos personales creado por el precepto indicado de la Directiva sobre protección de datos, se refiere al derecho al olvido como un derecho de de-listing en su informe de 26 de noviembre de 2014 al respecto de la sentencia *Google Spain y Google* (en adelante, informe *Guidelines*)⁶³. Eso significa que el «derecho al olvido», tal y como lo reconoce el Tribunal de Justicia, se proyecta en realidad sobre el último paso del proceso de búsqueda en Internet, ya que ni siquiera impide que el buscador detecte que en su índice hay una página web idónea según la búsqueda efectuada, sino simplemente que informe al internauta de la existencia de esa página web⁶⁴.

Botana García explica el contenido del derecho al olvido haciendo refe-

⁶² Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 88 y 99

⁶³ *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on "Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12 (WP 225)*. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf (última consulta: 10 de marzo de 2015).

⁶⁴ Sobre el funcionamiento del motor de búsqueda de Google, cfr. BATTLE, J., op. cit., pp. 33-41. De forma más resumida, cfr. Pazos Castro, R., loc. cit., pp. 24-26.

*rencia a los siguientes elementos. En primer lugar, se trata de la eliminación de vínculos a páginas web que aparecen en la lista de resultados de un motor de búsqueda. En segundo lugar, esa lista de resultados debe haber sido obtenida tras realizar una búsqueda a partir del nombre de una persona. En tercer lugar, el vínculo debe conducir a una página web que contiene información personal sobre el titular del citado derecho. Y en cuarto lugar, el derecho se reconoce a pesar de que los datos personales no se borren de la página web fuente o su publicación en esta página sea lícita*⁶⁵.

En el caso del Sr. Costeja, de no existir el motor de búsqueda, una persona tendría que acudir directamente a la versión electrónica del periódico del día exacto en que se publicaron los anuncios para tener conocimiento de los mismos, mientras que, gracias al motor, una búsqueda realizada a partir de sólo tres palabras fue suficiente para conseguirlo. El buscador eliminó las dificultades de acceso a una información que de otra forma hubiera permanecido oculta. El «derecho al olvido» pretende así oscurecer la información, aprovechando que la ingente cantidad de información disponible en Internet dificulta mucho la obtención de información relevante si no se utiliza un motor de búsqueda que haga una selección preliminar de los recursos disponibles en la red⁶⁶. Quizás la mejor descripción del derecho al olvido reconocido en la sentencia *Google Spain* y *Google* la haya hecho Letteron, si bien refiriéndose a una sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París de 9 de diciembre de 2014. Dicha autora afirmó que en el caso en cuestión no se pretendía hacer desaparecer la información ni de los archivos del titular de la página web fuente ni tampoco de la memoria de Google, sino simplemente hacer que la información fuese «invisible a los internautas que utilizan el motor de búsqueda»⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. Botana García, G. A., LOC. CIT., p. 16. Por su parte, Drummond, D. («Droit à l'oubli sur Internet: trouver le juste équilibre», *Le Figaro*, 11 de julio de 2014. Disponible en <http://www.lefigaro.fr/vox/monde/2014/07/11/31002-20140711ARTFIG00016-droit-a-l-oubli-sur-internet-trouver-le-juste-equilibre.php> [última consulta: 10 de marzo de 2015]) ha afirmado que «cela signifie que Le Figaro peut publier sur son site de manière parfaitement légale un article sur une personne que nous ne serions pas en droit d'inclure dans les résultats de recherche». En palabras de Iglezakis, I. («The Right To Be Forgotten in the Google Spain Case (case C-131/12): A Clear Victory for Data Protection or an Obstacle for the Internet?», 26 de julio de 2014, p. 11. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2472323>), «the CJEU decision clearly recognized the right of an individual to have personal information relating to him/her removed from the list of results provided by search engines on the basis of a search made on that name».

⁶⁶ Cfr. López García, M., loc. cit., p. 45.

⁶⁷ Cfr. Letteron, R., «Google et le droit à l'oubli: une jurisprudence en construction»,

COMO DICEN BOTANA GARCÍA Y OVEJERO PUENTE, «los datos no tienen que ser borrados, sino que no pueden ser encontrados para ser olvidados»⁶⁸ En la misma línea, MINERO ALEJANDRE señala que, manteniéndose inalterada la información en el lugar en el que se encuentre, se evita la difusión de la misma a través de los buscadores, por lo que el acceso a dicha información será mucho más complicado⁶⁹. Por su parte, Fleischer lo explica diciendo: «sometimes people aren't trying to delete content, they're just trying to make it harder to find. This motivates various initiatives against search engines, for example, to delete links to legitimate web content, like newspaper articles. This isn't strictly speaking "droit a l'oubli", but it's a sort of end-run around it, by trying to make some content un-findable rather than deleted»⁷⁰. Para Gapper, «the aggrieved man does not really have the right for his past to be forgotten; he merely has the right for it to become harder for others to find»⁷¹. También es adecuado citar a Simón Castellano, que se refiere a las bibliotecas digitales en el ámbito de los medios de comunicación. Según él, en este campo el derecho de una persona al olvido consiste, al igual que el derecho al olvido en el caso de los motores de búsqueda, en un «derecho de oposición a que se encuentren fácilmente sus datos personales que son obsoletos o inexactos» o información «que puede afectar a la reputación, dignidad e intimidad del interesado»⁷².

Por consiguiente, la definición de derecho al olvido que proporciona LÓPEZ GARCÍA es demasiado amplia si se compara con el derecho al

Contrepoints, 21 de enero de 2015. Disponible en <http://www.contrepoints.org/2015/01/21/195209-google-et-le-droit-a-loubli-une-jurisprudence-en-construction> (última consulta: 13 de marzo de 2015).

⁶⁸ Cfr. Botana García, G. A. / Ovejero Puente, A. M., «Claves de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 en la cuestión prejudicial planteada en el caso Google», *Actualidad Civil*, 9 de junio de 2014, Editorial La Ley (La Ley 3951/2014), p. 14.

⁶⁹ Cfr. Minero Alejandro, G., loc. cit., p. 153.

⁷⁰ Cfr. Fleischer, P., «Foggy thinking about the Right to Oblivion», blog Peter Fleischer: Privacy...?, 9 de marzo de 2011. Disponible en <http://peterfleischer.blogspot.co.nz/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html> (última consulta: 13 de marzo de 2015).

⁷¹ Cfr. Gapper, J., «Google should not erase the web's memory», *Financial Times*, 14 de mayo de 2014. Disponible en <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/b02439d6-da92-11e3-8273-00144feabdc0.html#axzz3U49BPHH1> (última consulta: 11 de marzo de 2015).

⁷² Cfr. Simón Castellano, P., «The right to be forgotten under European Law:...», cit., pp. 13-15.

olvido que se reconoce en la *sentencia Google Spain y Google*. La autora afirma que «el llamado “derecho al olvido digital” se concreta en la capacidad de toda persona de exigir el borrado de los datos personales que aparecen en la red e incluso, oponerse al tratamiento que hacen los motores de búsqueda de los datos personales. Así, cuando hablamos de “derecho al olvido digital” hacemos referencia a la posibilidad de que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web por petición de las mismas y cuando estas lo decidan, además del derecho de oposición frente al tratamiento de los motores de búsqueda de modo que se les exige que la información no vuelva a aparecer en el motor de búsqueda una vez que la información haya desaparecido de la web a la que redireccionan»⁷³.

En el informe *Guidelines* elaborado por el Grupo del artículo 29 se tratan todas las cuestiones sobre las que se pronunció el Tribunal de Justicia en su sentencia *Google Spain y Google*. Atendiendo a las partes de dicho informe que permiten delimitar el contenido y el alcance del derecho al olvido, considero que los aspectos más relevantes son los siguientes.

En primer lugar, no se elimina ninguna información de la página web fuente en la que se encuentra. En segundo lugar, el gestor del motor de búsqueda no tiene que controlar de antemano los resultados que muestra el motor, sino simplemente responder a solicitudes expresas de los usuarios. En tercer lugar, el derecho al olvido puede ejercerse contra uno o varios de los gestores de motores de búsqueda, y no necesariamente contra todos ellos. En cuarto lugar, el derecho sólo puede ejercerse contra los titulares de los motores generales, y no aquellos que realicen su búsqueda dentro de una determinada página web en concreto, como puede ser el motor incluido en la propia página de un medio de comunicación que restringe la búsqueda a ese medio. En quinto lugar, el derecho al olvido sólo puede suponer la eliminación de un resultado a partir de una búsqueda realizada introduciendo el nombre de una persona. Ese mismo resultado podrá estar disponible y no habrá derecho a que no sea mostrado cuando la búsqueda se haga con palabras distintas. No obstante, la noción de «nombre» debe interpretarse en sentido amplio, por lo que se incluyen diferentes versiones del mismo, con diferente escritura, e incluso apodos si hay una vinculación entre éstos y la identidad real de la persona. En sexto lugar, el buscador no puede dar a entender de ninguna forma que una persona ha ejercido su derecho al olvido. En séptimo lugar, el ejercicio del derecho al olvido no implicará necesariamente

⁷³ Cfr. López García, M., loc. cit., p. 42.

dar audiencia al titular de la página web fuente, puesto que el gestor de un motor de búsqueda no está obligado a contactar con dicho titular. Es decisión del gestor del buscador informar al responsable de la página web fuente o no. En octavo lugar, no debe borrarse un vínculo a una página web cuando la información que recoja la página fuente sea de interés público, el cual prevalece sobre el interés de la persona a la que se refiere dicha información. Y, finalmente, en noveno lugar, para que el derecho al olvido sea eficaz deben borrarse los resultados de las búsquedas efectuadas a través de cualquier dominio del buscador que sea relevante (incluyendo .com), y no sólo de las efectuadas a través de dominios propios de los Estados miembros de la Unión Europea⁷⁴.

3.2. ¿Un derecho novedoso?

Una vez que se ha expuesto la sentencia *Google Spain y Google* y se ha precisado en qué consiste el derecho que ha despertado recientemente tanta atención en la sociedad, hay que preguntarse si el derecho al olvido es realmente original. ¿Constituye este derecho un derecho independiente, autónomo y claramente diferenciado de otros? A decir verdad, con la simple lectura de la sentencia podría mantenerse que se ha otorgado un nuevo nombre a derechos ya conocidos como son los de oposición y cancelación, si bien este nuevo nombre se emplearía para una aplicación particular de los mismos. Esto es fácilmente apreciable mediante una simple comparación entre cómo explica el Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial relativa a los derechos de oposición y cancelación de forma concreta, y cómo resume la cuestión prejudicial en la que se encuentra implícito el derecho al olvido.

La cuestión prejudicial referida específicamente a los derechos de oposición y cancelación es entendida por el TJUE del siguiente modo, según se expresa en el apartado 62 de la sentencia *Google Spain y Google*: «mediante su segunda cuestión prejudicial, letras c) y d), el tribunal remitente desea saber, en esencia, si los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, 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

⁷⁴ Cfr. informe *Guidelines*, punto 4 de la síntesis del documento, y puntos 7, 9, 12, 18, y 20 a 23 de la Parte I.

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 sí misma en dichas páginas sea lícita».

Reflejando un gran parecido con la cuestión anterior, en cuanto a la cuestión prejudicial sobre el derecho al olvido, en el apartado 89 de la sentencia *Google Spain y Google* puede leerse: «mediante su tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que permiten al interesado exigir al gestor de un motor de búsqueda eliminar de la lista de resultados obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre vínculos a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, debido a que estos datos e información pueden perjudicarle o que desee que estos datos e información se “olviden” tras un determinado lapso de tiempo».

En ambas cuestiones nos encontramos con una pretensión consistente en eliminar de una lista de resultados, obtenida en una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, vínculos a páginas web publicadas de forma lícita por terceros y en las cuales se contiene información relativa a esa persona. En el segundo caso se incide en que la información en cuestión es verídica, pero en realidad el único cambio sustancial resulta ser la motivación subjetiva del titular del derecho. En el caso del derecho al olvido es, precisamente, que la información sea olvidada, quizás porque la información podría causarle un perjuicio. Mientras, en el ejercicio de los derechos de oposición y de cancelación la motivación subjetiva es desconocida, lo cual no obsta para que pudiera ser la misma que en la otra situación. Así, la distinción entre ambas cuestiones prejudiciales parece desvanecerse. Hay que admitir que las respuestas a las dos cuestiones previamente indicadas no guardan tanta semejanza. Pero este hecho no se debe tanto a que se trate de preguntas diferentes entre sí, sino a que las dos respuestas resultan en gran medida complementarias la una de la otra, hasta el punto de que quizás podrían unirse en una sola. De hecho, la respuesta a la cuestión prejudicial relativa al derecho al olvido no coincide con la pregunta que se le había formulado o, al menos, tal y como el Tribunal de Justicia dijo que la entendía.

En el apartado 88 de la sentencia *Google Spain y Google*, el Tribunal responde que «a la luz del conjunto de consideraciones precedentes procede responder a la segunda cuestión prejudicial,

letras c) y d), que los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, 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».

Por su parte, en el apartado 99 de la sentencia *Google Spain y Google* se concluye: «de las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que éste puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate».

En palabras de López García, el derecho al olvido «supone una concreción del ejercicio del derecho de oposición y cancelación en un caso concreto

como es el tratamiento de los datos en Internet»⁷⁵. **Aceptando todos los puntos de la sentencia *Google Spain y Google***, puede defenderse, efectivamente, que el derecho al olvido no es más que una concreción de los derechos de oposición y cancelación, aunque la situación particular en la que se aplica sería algo más restringida que «el tratamiento de los datos en Internet». En primer lugar, porque sólo tiene efectos sobre la lista de resultados ofrecida a un internauta tras utilizar un motor de búsqueda. Y, en segundo lugar, porque la facultad del interesado de oscurecer la información personal que le concierne se restringe a las búsquedas efectuadas a partir de su nombre.

La SAN de 29 de diciembre de 2014 indica en su Fundamento de Derecho séptimo que «de acuerdo con la legislación específica de protección de datos, el responsable del tratamiento (que en la definición del artículo 3.d) de la LOPD se equipara con el responsable del fichero) debe atender dicho derecho, y como dicho responsable en supuestos como los que fueron objeto de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE es el gestor del motor de búsqueda, a él le corresponde, en su caso, adoptar las correspondientes medidas en aplicación de la [Ley Orgánica de Protección de Datos] para hacer efectivo el derecho de oposición del afectado. En definitiva, la aplicación de la normativa específica de protección de datos permite sin necesidad de acudir a la Ley 34/2002, de 11 de julio, dar respuesta a estos supuestos de tratamiento de datos personales efectuado por un motor de búsqueda del que es responsable el gestor del citado motor de búsqueda».

Ahora bien, desde mi punto de vista, incluso dando por válida la respuesta del Tribunal de Justicia a todas las cuestiones prejudiciales se observan al menos tres diferencias con respecto a los derechos de oposición y cancelación de datos. Cosa distinta es si dichas diferencias tienen la entidad suficiente como para sostener que el derecho reconocido por el TJUE no es una simple concreción de otros. La primera de ellas es que la búsqueda a través de un motor introduciendo el nombre de una persona podría identificarse como un acceso a datos personales, de forma que quien realiza la búsqueda conoce qué datos personales han sido indexados por el motor y que esos datos se encuentran disponibles en diferentes páginas web. Sin embargo, en el caso de los buscadores cualquier persona accede a datos personales de otra, por lo que no se estaría ante el derecho de acceso previsto en el artículo 12 de la Directiva

⁷⁵ Cfr. López García, M., loc. cit., p. 49.

sobre protección de datos, cuyo titular es únicamente el interesado. La segunda es que, como ya ha tenido ocasión de señalarse, los datos personales no desaparecen del índice del motor de búsqueda, cosa que en principio debería suceder si se tratase de un genuino derecho de cancelación. Y la tercera consiste en que el motor de búsqueda puede seguir mostrando la página web fuente con los datos personales del interesado si la búsqueda se realiza con otros términos de búsqueda, lo cual también debería impedirse si se estuviera ante un derecho de oposición o de cancelación.

En mi opinión, el derecho proclamado por el Tribunal de Justicia sí se diferencia lo suficiente de los derechos clásicos de oposición y de cancelación de datos como para afirmar que se trata de un derecho nuevo y autónomo, y no sólo por las tres diferencias que se acaban de exponer. En realidad, la vinculación entre los derechos de oposición y cancelación con el derecho al olvido es sencilla de establecer si se toman como premisas que, a los efectos de la Directiva sobre protección de datos, los motores de búsqueda llevan a cabo un tratamiento de datos personales y que el gestor del motor es un responsable del tratamiento. La vinculación deja de ser tan clara, pudiendo apreciarse de forma más evidente el carácter autónomo del derecho al olvido, si se cuestionan estos dos aspectos, como se hará a continuación.

El artículo 2.b) de la Directiva sobre protección de datos define «tratamiento de datos personales» como «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 actividad de un motor de búsqueda queda englobada en este precepto, ya que el motor realiza, al menos, una recogida, registro, organización y conservación de datos personales, pudiendo decirse también que facilita el acceso a estos datos. Los gestores de los motores de búsqueda suelen alegar que todas estas funciones se llevan a cabo de forma automática, por lo que el motor de búsqueda no sabe cuando está recogiendo, organizando y almacenando datos personales o no. Pero a los efectos de la Directiva sobre protección de datos es suficiente que las operaciones descritas sean «aplicadas a datos personales» para establecer que se produce un tratamiento de datos personales, sin importar si las operaciones se hacen con consciencia o no de que se está ante datos personales, lo cual queda demostrado con el empleo de la expresión «efectuadas o no mediante procedimientos

automatizados». Así interpretan el precepto el Tribunal de Justicia como el Abogado General en la sentencia *Google Spain y Google*, y creo que esa interpretación es correcta⁷⁶.

No obstante, quizás la definición de la Directiva sobre protección de datos sea demasiado amplia. Personalmente, considero que habría sido más adecuado incluir un matiz en el artículo 2.b) de la Directiva. De esta forma, cuando las operaciones previstas en el precepto se realizan de forma automatizada pero no se es consciente de que se tratan datos personales, no debería considerarse un «tratamiento de datos» a los efectos de la Directiva. Hay que recordar que la Directiva sobre protección de datos pretende dar un nivel adecuado de protección al derecho a la intimidad, como puede constatarse con la lectura del artículo 1.1 o considerandos como los números 2, 11, 33 ó 68. Por consiguiente, si alguien realiza operaciones de recogida o de conservación de datos pero no es consciente de que los mismos permiten la identificación de una persona, los peligros para el derecho a la intimidad se reducen. Dicho de otra forma, cuando el motor de búsqueda indexa una página web que contiene datos personales, no sabe que esa página permite identificar a una persona. Por lo tanto, la intimidad de la persona sobre la que tratan los datos no se ve comprometida, al menos, en cuanto al conocimiento de su identidad por parte del gestor del motor de búsqueda. En cualquier caso, aquí el problema no se encuentra en la interpretación del Tribunal de Justicia, sino en la posible amplitud excesiva del texto normativo de referencia.

La cuestión de si el gestor de un motor de búsqueda es «responsable del tratamiento» a los efectos de la Directiva sobre protección de datos también es un aspecto que se presta a debate. El artículo 2.d) de la Directiva dice que será «responsable del tratamiento la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales; en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario». Para el Tribunal de Justicia, el hecho de que el motor de búsqueda no sea consciente de que está operando con datos personales no debe impedir que el gestor del buscador sea un responsable del tratamiento. Sin embargo, creo que en esta ocasión el Tribunal se

⁷⁶ Sentencia *Google Spain y Google*, apartado 28; y conclusiones del Abogado General en la sentencia *Google Spain y Google*, punto 72. Cfr. Pazos castro, R., loc. cit., pp. 26 y 27.

equivoca, siendo por el contrario correcta la opinión del Abogado General. Desde mi punto de vista, en el concepto de «responsable del tratamiento» sí resulta determinante el automatismo del motor de búsqueda.

El Abogado General afirmó en sus conclusiones en la sentencia *Google Spain y Google* que el sistema general de la Directiva sobre protección de datos, sus normas materiales que establecen obligaciones a cargo de ciertas personas, está basado en el hecho de que el responsable del tratamiento «es consciente de la existencia de una categoría determinada de información que contiene datos personales», de forma que el tratamiento de datos es realizado «con una intención relacionada con su tratamiento como datos personales» (cursiva en el original)⁷⁷. Esto es, se parte de la base de que el responsable del tratamiento «es consciente de qué tipo de datos personales está tratando y por qué. En otras palabras, el tratamiento de datos debe mostrársele como tratamiento de datos personales, es decir, “información sobre una persona física identificada o identificable”, de un modo semánticamente relevante, y no como un mero código informático»⁷⁸. Por eso concluye que «el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet no puede ni jurídicamente ni de hecho cumplir las obligaciones del responsable del tratamiento establecidas en los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva en relación con los datos personales contenidos en páginas web fuente alojadas en servidores de terceros. Por lo tanto, una interpretación razonable de la Directiva requiere que no se considere que el proveedor de servicios se encuentra con carácter general en esa posición»⁷⁹.

El Grupo del artículo 29 dedicó su Dictamen 1/2010 a tratar los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento», por lo que este documento es de ayuda a la hora de defender por qué el gestor de un motor de búsqueda no debe ser considerado responsable. Dicho grupo afirma que responder a esta denominación «es consecuencia, en primer lugar, de la circunstancia de hecho de que un ente ha decidido tratar datos personales para sus propios fines»⁸⁰. También dice que «responsable del tratamiento» es un concepto cuya finalidad es «asignar

⁷⁷ Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Google Spain y Google*, punto 82.

⁷⁸ Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Google Spain y Google*, punto 83.

⁷⁹ Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Google Spain y Google*, punto 89.

⁸⁰ Dictamen 1/2010 del Grupo del artículo 29, de 16 de febrero de 2010 (WP 169), p. 9. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_es.pdf (última consulta: 26 de marzo de 2015).

responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho», por lo que resulta clave la determinación de las razones por las cuales se tratan datos personales y la manera en que lleva a cabo ese tratamiento. Dicho de otra forma, para considerar a alguien responsable del tratamiento hay que tener en cuenta su nivel de influencia en cuanto a qué tipo de datos deben tratarse, a quién pueden cederse esos datos, y cuándo deben borrarse⁸¹.

Parece lógico pensar que una persona no puede haber decidido «tratar datos personales para sus propios fines» cuando no sabe que está ante datos personales, como sucede en el caso de una actividad como la del motor de búsqueda. Y, dado que los datos personales se encuentran en páginas web de terceros y son éstos los que deciden por qué se incluyen datos personales en esa web, quién puede acceder a ellos, y durante cuánto tiempo se encontrarán accesibles, la capacidad de influencia del motor de búsqueda sobre el contenido de terceros es ciertamente baja, si no nula⁸². Tal y como ha reflejado Botana García, «un buscador es un complejo mecanismo de búsqueda de páginas web que se caracteriza fundamentalmente por ser automático al tratarse de un funcionamiento exclusivamente tecnológico. Los buscadores de motor muestran información publicada en páginas webs de terceros que resultan ser los verdaderos titulares. Su intervención se limita a indexar y mostrar la información publicada en webs»⁸³. Por su parte, Simón Castellano recuerda que los buscadores sólo indexan la información que los titulares de las páginas web fuente desean que sean indexados, afirmando que es sorprendente que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no haya tenido en cuenta la falta de control del gestor del motor de búsqueda sobre los contenidos de terceros, así como el hecho de que el buscador no distinga entre datos personales y otro tipo de información⁸⁴.

Las consideraciones del Grupo del artículo 29 deben ponerse en relación con las que el mismo grupo había efectuado en un dictamen anterior, el Dictamen 1/2008, 4 de abril de 2008, sobre cuestiones relativas a los motores de búsqueda. En este dictamen se afirmó que «la responsabilidad

⁸¹ Dictamen 1/2010 del Grupo del artículo 29, de 16 de febrero de 2010, cit., pp. 10, 14 y 15.

⁸² Por ejemplo, Cofone, I. (loc. cit., p. 9) dice el gestor del motor de búsqueda, al actuar de manera automatizada, carece de la facultad de elección en lo que concierne a los contenidos de otros que han sido indexados en el motor. Localiza la información pero no la controla, por lo que no puede determinar los fines y los medios.

⁸³ Cfr. Botana García, G. A., loc. cit., p. 16.

⁸⁴ Cfr. Simón Castellano, P., El reconocimiento del derecho al olvido..., cit., p. 264.

formal, jurídica y práctica de los datos personales que incumbe al motor de búsqueda se limita generalmente a la posibilidad de retirar datos de sus servidores», añadiéndose que «por lo que se refiere a la retirada de datos personales de su índice y de sus resultados de búsqueda, los motores de búsqueda tienen una responsabilidad suficiente para considerarse responsables del tratamiento (solos o conjuntamente con otros) en estos casos»⁸⁵. Esto podría llevar a la conclusión de que, tal y como determinó el Tribunal de Justicia, los motores de búsqueda son responsables del tratamiento respecto de los datos con los que operan. Sin embargo, el referido grupo dejó claro que «el principio de proporcionalidad requiere que, en la medida en que un proveedor de un motor de búsqueda actúe exclusivamente como intermediario, no debe considerarse como responsable principal del tratamiento de datos personales efectuado. En este caso, los responsables principales del tratamiento de datos personales son los proveedores de información»⁸⁶.

Como se dice en el dictamen 1/2008 del Grupo del artículo 29, aun cuando en los índices de los motores se incluyen «porciones enteras de contenidos de Internet» que contienen datos personales, «no queda claro en qué medida los motores de búsqueda orientan activamente información identificable personalmente en el contenido que tratan. La exploración, el análisis y la indexación pueden hacerse automáticamente sin revelar la presencia de información identificable personalmente»⁸⁷. Que el citado grupo es contrario a considerar al motor de búsqueda responsable del tratamiento en todo caso queda más claro al constatar su preocupación por que los buscadores respeten los protocolos de exclusión empleados por los propietarios de los sitios de Internet. De esta forma, el gestor del motor de búsqueda es responsable del tratamiento cuando no obedezca estos protocolos, algo que también sostuvo el Abogado General en sus conclusiones en la sentencia *Google Spain y Google*⁸⁸.

⁸⁵ Dictamen 1/2008 del Grupo del artículo 29, de 4 de abril de 2008, sobre cuestiones relativas a los motores de búsqueda (WP 148), p. 15. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_es.pdf (última consulta: 26 de marzo de 2015).

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Dictamen 1/2008 del Grupo del artículo 29, de 4 de abril de 2008, cit., pp. 15 y 16.

⁸⁸ Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Google Spain y Google*, puntos 91 a 93.

En mi opinión, debe llegarse a la conclusión de que en algunos casos el gestor de un motor de búsqueda debe asumir las obligaciones de un responsable del tratamiento. Por ejemplo, cuando el motor de búsqueda decide no respetar la decisión del titular de una página web consistente en que esa página no sea indexada, porque en este caso el motor de búsqueda sí está determinando los medios y los fines del contenido de la página fuente. Pero en la actividad básica del motor, cual es indicar al internauta que existe una página web que puede ser adecuada para los términos de búsqueda introducidos, no se puede considerar responsable al gestor en relación con los datos personales que consten en esas páginas. También será responsable del tratamiento el gestor del motor de búsqueda cuando incluya publicidad basada en los datos personales presentes en la página web fuente. En este sentido, el Grupo del artículo 29 mantiene que la responsabilidad «se aplica a un motor de búsqueda que vende publicidad inducida por datos personales, como el nombre de una persona»⁸⁹.

Otro elemento de gran relevancia para concluir que el gestor de un motor de búsqueda no es responsable del tratamiento es el absurdo al que conduciría en materia de datos especialmente sensibles. El artículo 8 de la Directiva sobre protección de datos se refiere a las «categorías especiales de datos», estableciendo el artículo 8.1 que «los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad». Esta norma no se aplicará, en virtud del artículo 8.2.a) de la Directiva, cuando «el interesado haya dado su consentimiento explícito a dicho tratamiento, salvo en los casos en los que la legislación del Estado miembro disponga que la prohibición establecida en el apartado 1 no pueda levantarse con el consentimiento del interesado». En las siguientes letras del artículo 8.2 de la Directiva se prevén otras excepciones al artículo 8.1 del mismo texto normativo.

Por su parte, los artículos 7.1, 7.2 y 7.3 de la LOPD indican:

«1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

⁸⁹ Dictamen 1/2008 del Grupo del artículo 29, de 4 de abril de 2008, cit., p. 16.

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente».

La lectura de la Directiva sobre protección de datos y de los tres apartados del artículo 7 de la LOPD reproducidos permite conocer fácilmente cuál es el problema de considerar responsables del tratamiento a los titulares de los motores de búsqueda. Si una página web recogiese información sobre una persona, o incluso declaraciones de ésta, y del contenido de la página web un internauta pudiese deducir la ideología, afiliación sindical, religión o creencias de esa persona, el motor de búsqueda no podría indexarla. En este sentido, el Abogado General afirmó con acierto en sus conclusiones que «si se considerara que los proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet son responsables del tratamiento de datos personales contenidos en páginas web fuente de terceros, y si en alguna de estas páginas existiera alguna de las “categorías especiales de datos” a las que se refiere el artículo 8 de la Directiva (por ejemplo, datos personales que revelen las opiniones políticas o las convicciones religiosas, o datos relativos a la salud o a la sexualidad de las personas), la actividad del proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet sería automáticamente ilegal si no se cumplen los estrictos requisitos establecidos en dicho artículo para el tratamiento de tales datos»⁹⁰.

En relación con lo apuntado por el Abogado General, Vilasau Solana mantiene lo siguiente: «efectivamente, la aplicación de las normas de protección de datos de forma estricta dejaría a los buscadores en un situación completamente ilegal. Pero considero que no es una solución adecuada negar el carácter de responsable al buscador por el hecho de que las consecuencias de esta

⁹⁰ Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Google Spain y Google*, punto 90.

interpretación no se consideren adecuadas o deseables»⁹¹. Sin embargo, creo que en este caso no se está ante una cuestión de mera adecuación o deseabilidad. Considero que concluir que los motores de búsqueda son ilegales puede calificarse como un absurdo, y de acuerdo con el «argumento apagógico», debe rechazarse aquella interpretación de una norma jurídica que conduzca a este tipo de resultado⁹².

Botana García y Ovejero Puente ven en la sentencia *Google Spain y Google* una finalidad práctica. Constatan que el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición contra los titulares de las páginas editoras de contenidos no es efectiva «porque técnicamente no es sencillo, y porque [el interesado] no sabe a quién dirigirse para plantear su solicitud de retirada de contenidos»⁹³. La cuestión es si el gestor del motor de búsqueda, un ente privado cuyo objetivo fundamental es obtener beneficios, debe asumir una función de «control público» de la información que circula por Internet.

La novedad y autonomía del derecho al olvido reconocido en la sentencia *Google Spain y Google* reside en que a un intermediario se le atribuye responsabilidad por contenidos ajenos sobre los que no ejerce ningún control y cuya publicación es lícita, mientras que el titular de la página fuente donde se encuentran dichos contenidos no tiene que asumir responsabilidad alguna. Desde mi punto de vista, lo correcto sería mantenerse en los términos del artículo 17.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Tal y como ha reflejado López García, refiriéndose precisamente a este precepto, «lo que no se puede afirmar es que el prestador de servicios de intermediación esté obligado a inutilizar el enlace hacia un contenido lícito, ellos únicamente tiene la obligación de actuar con la diligencia debida y en su caso inutilizar el enlace correspondiente si los contenidos a los que remiten son ilícitos y tienen conocimiento efectivo»⁹⁴.

⁹¹ Cfr. Vilasau Solana, M., «El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014)», IDP, n.º 18, 2014, p. 22.

⁹² Cfr. Calvo García, M., *Teoría del Derecho*, 2ª edición, Madrid, 2004, p. 181.

⁹³ Cfr. Botana García, G. A. / Ovejero Puente, A. M., loc. cit., p. 14.

⁹⁴ Cfr. López García, M., loc. cit., p. 46.

El artículo 17.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico dispone:

«Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse».

3.3. El «derecho a la oscuridad digital»

Antes de pasar al siguiente epígrafe hay que cuestionar la denominación «derecho al olvido». En mi opinión, debe abandonarse esta expresión para aludir al derecho reconocido en la sentencia *Google Spain y Google*. En primer lugar, porque garantizar verdaderamente el olvido es una tarea imposible, así que no resulta lógico afirmar que se tiene derecho a algo que en realidad no se puede conseguir. Y en segundo lugar, y sobre todo, porque la referida denominación ha sido y es utilizada para describir pretensiones diferentes y casi siempre más amplias que las que han sido reconocidas por el Tribunal de Justicia, por lo que puede suscitarse una gran confusión. Por ejemplo, en el artículo 17 de la Propuesta de Reglamento general de protección de datos se reconoce un «derecho al olvido y a la supresión». Sin embargo, una lectura del precepto permite constatar que el derecho al olvido queda englobado en la supresión o cancelación de datos, la cual se relaciona a su vez con otros derechos

como el de oposición al tratamiento de datos personales y, en general, con cualquier incumplimiento de las normas sobre protección de datos.

El artículo 17.1 de la Propuesta de Reglamento establece:

«El interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión, especialmente en lo que respecta a los datos personales proporcionados por el interesado siendo niño, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados;
- b) el interesado retira el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra a), o ha expirado el plazo de conservación autorizado y no existe otro fundamento jurídico para el tratamiento de los datos;
- c) el interesado se opone al tratamiento de datos personales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19;
- d) el tratamiento de datos no es conforme con el presente Reglamento por otros motivos».

El contenido de este precepto puede verse con más claridad acudiendo al considerando número 53 de la Propuesta de Reglamento general de protección de datos. En este considerando se establece que «toda persona debe tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y “derecho al olvido”, cuando la conservación de tales datos no se ajuste a lo dispuesto en el presente Reglamento», precisándose que «a los interesados les debe asistir el derecho a que se supriman y no se traten sus datos personales, en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, de que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento, de que se opongan al tratamiento de datos personales que les conciernan o de que el tratamiento de sus datos personales no se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el presente Reglamento».

El derecho al olvido, en este caso claramente una concreción del derecho a la cancelación o supresión de datos, desde luego no se corresponde con la facultad reconocida en la sentencia *Google Spain y Google*. En definitiva, la utilización de la expresión «derecho al olvido» con múltiples y

diferentes significados es un fenómeno que persiste e incluso se ha acentuado con el desarrollo del mundo digital. En este contexto, parece aconsejable emplear una denominación diferente y específica para el derecho que consiste en exigir la eliminación de uno de los resultados de la lista ofrecida por el motor de búsqueda, para el caso de que se lleve a cabo una búsqueda a partir del nombre de una persona, cuando esta persona desea que uno de los resultados no sea mostrado (porque le sea perjudicial o no), y siempre que no haya un interés público en que ese resultado se mantenga fácilmente accesible a los internautas. Siguiendo el título de este apartado, una posibilidad sería hablar de un «derecho a la oscuridad digital», poniendo el énfasis en los efectos prácticos que conlleva. Esta denominación será la que se emplee en adelante en este trabajo para aludir al derecho proclamado en la sentencia Google Spain y Google.

La voluntad de evitar confusiones hace que deba aplaudirse la retirada de las referencias al «derecho al olvido» de la Propuesta de Reglamento general de protección de datos por parte del Parlamento Europeo, en su Resolución legislativa de 12 de marzo de 2014 sobre la Propuesta de Reglamento mencionada⁹⁵. En el considerando número 53, «derecho al olvido» ha sido reemplazado por «derecho a la supresión», mientras que en el artículo 17 la referencia al derecho al olvido ha sido borrada. Este precepto queda ahora rubricado, sencillamente, «derecho a la supresión»⁹⁶.

4. LOS PROBLEMAS DEL «DERECHO A LA OSCURIDAD DIGITAL»

En este epígrafe se pretende exponer algunos de los problemas que afectan al reconocimiento del derecho a la oscuridad digital⁹⁷. Si se

⁹⁵ P7_TA(2014)0212.

⁹⁶ Es conveniente la consulta de las enmiendas 27 y 112 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2014, para ver hasta qué punto el considerando número 53 y el artículo 17 han sido objeto de modificaciones. Sobre la Propuesta de Reglamento general de protección de datos y el texto aprobado posteriormente por el Parlamento Europeo, en relación con el tema objeto de estudio, cfr. Ambrose, M. L. / Ausloos, J., loc. cit., pp. 11-13; MINERO ALEJANDRE, G., loc. cit., pp. 150-153; Vilasau Solana, M., loc. cit., pp. 28-31.

⁹⁷ Un problema que no es tratado en el presente estudio y que probablemente merezca por sí solo un estudio específico es la eficacia territorial de la sentencia Google Spain y Google. Es evidente que la citada sentencia tiene vocación de universalidad. No podría hablarse de una verdadera oscuridad si los datos de una persona que ha ejercido su derecho frente a los responsables de un motor de búsqueda permanecen accesibles llevando a cabo la búsqueda a través de un dominio diferente o desde otro Estado. Como ya se ha señalado

concluye que el Tribunal de Justicia se ha equivocado, bien al decir que la actividad del motor de búsqueda constituye un tratamiento de datos, bien al considerar responsable del tratamiento el gestor del buscador, nos encontramos en la práctica con un derecho (y una correlativa obligación para el gestor del motor de búsqueda) basado en premisas erróneas. Por consiguiente, quizás la discusión se plantee en el futuro desde otra perspectiva, esto es, si debe reconocerse el derecho a la oscuridad digital aun cuando la actividad de los buscadores no sea un tratamiento de datos, o a pesar de que los gestores de los motores no sean responsables del tratamiento. En mi opinión, la respuesta ante el eventual debate futuro es negativa, al menos en el estado actual de las cosas.

De hecho, la condición de responsable del tratamiento dista mucho de ser una cuestión cerrada en todos sus aspectos. Basta observar recientes resoluciones del *Tribunal de Grande Instance* de París para constatar las dudas existentes sobre quién es responsable del tratamiento. En el mandamiento provisional de 16 de septiembre de 2014 se consideró que concurría la legitimación pasiva en la sociedad Google France, esto es, la solicitud de retirada de enlaces podía dirigirse contra esta sociedad⁹⁸. Se siguió así la posición del TJUE en la sentencia *Google Spain y Google*, según la cual Google Spain constituía un establecimiento de Google Inc. en el sentido del artículo 4.1.a) de la Directiva sobre protección de datos, puesto que «las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisolublemente ligadas»⁹⁹. También en el Fundamento de Derecho quinto de la SAN de 29 de diciembre de 2014 se indica que «se reconoce la [legitimación] pasiva a Google Spain, S.L. ya que su actividad de gestión publicitaria está unida de forma indisoluble a la del buscador de nacionalidad americana». Sin embargo, en el mandamiento provisional del Tribunal de *Grande*

en un momento anterior, el Grupo del artículo 29 ha indicado en su informe Guidelines la necesidad de que sean borrados los resultados de búsqueda obtenidos a través de cualquier dominio del motor de búsqueda que sea relevante. Cfr. informe Guidelines, punto 7 de la síntesis del documento y punto 20 de la Parte I. Sobre la cuestión de la eficacia territorial del derecho a la oscuridad digital, cfr. van Alsenoy, B. / Koekoek, M., «The extra-territorial reach of the EU's "right to be forgotten"», ICRI Working Paper 20/2015, 19 de enero de 2015. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2551838>.

⁹⁸ El mandamiento citado se encuentra disponible en <http://privacylaw.proskauer.com/files/2014/12/TGI-Paris-Ordonnance-du-16-septembre-2014.pdf> (última consulta: 30 de marzo de 2015).

⁹⁹ Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 49 a 60.

Instance de París de 24 de noviembre de 2014¹⁰⁰, complementado posteriormente por otro de 19 de diciembre de 2014¹⁰¹, se estableció que Google France no explotaba ni directa ni indirectamente el motor de búsqueda de Google, por lo que no reunía la cualidad de responsable del tratamiento. Esta cualidad recaía exclusivamente en Google, Inc.¹⁰².

4.1. La ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la oscuridad digital

Tanto en lo que respecta al derecho a la oscuridad digital como al derecho al olvido en sus diferentes vertientes, el conflicto de estos derechos con el derecho a la información y la libertad de expresión es muy evidente. Por eso, no sorprende que diversos autores aludiesen a este conflicto de derechos en trabajos que versaban sobre el olvido, la intimidad o los peligros que suponía la conservación de la información para la reputación de una persona. Es momento de estudiar cómo ha enfocado la resolución de este conflicto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la sentencia *Google Spain y Google*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que la injerencia en la intimidad del tratamiento de datos efectuado por los buscadores es grave, puesto que cuando la búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física los motores de búsqueda permiten elaborar un perfil completo de esa persona de forma sencilla. Indudablemente se afecta a los derechos fundamentales relativos al respeto de la vida privada y a la protección de datos personales. Además, la información así obtenida no se encuentra limitada geográficamente y su difusión resulta fácil. En consecuencia, el Tribunal estableció que el mero interés económico del gestor de búsqueda no justificaba por sí mismo el tratamiento de datos. Éste podría justificarse, sin embargo, en la libertad de información de los internautas que se sirven de los buscadores para ejercer dicha libertad, aunque, en principio, prevalecerán los derechos de la persona a la que pertenecen los datos en cuestión. No obstante, habrá que estar al caso concreto, debiendo atenderse en cada situación al «carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta

¹⁰⁰ Disponible en http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4424 (última consulta: 30 de marzo de 2015).

¹⁰¹ Disponible en http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4425 (última consulta: 30 de marzo de 2015).

¹⁰² Cfr. Darriere, R., loc. cit.

información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública»¹⁰³.

Después de proclamar que el gestor del motor de búsqueda debe realizar un análisis de cada solicitud de retirada de un resultado de búsqueda, el Tribunal de Justicia trató los criterios que tiene que aplicar dicho gestor para determinar si la solicitud debe ser atendida o no. La cuestión a resolver es si el interesado tiene derecho a que la información publicada en páginas web de terceros no se vincule a su nombre a través de los resultados mostrados por un buscador cuando en éste se introduce precisamente su nombre como términos de búsqueda. El Tribunal de Justicia dejó claro que no es necesario que los resultados de búsqueda causen un perjuicio para tener derecho a que no se muestren.

Precisando más su respuesta, el TJUE indicó que el interesado tendría derecho a esa eliminación cuando no desempeñase un gran papel en la vida pública, de forma que no existiese un interés general por parte de los internautas en conocer esa información. El Tribunal de Justicia incidió en que, en principio, los intereses de la persona cuya información muestra el motor de búsqueda prevalecerán no sólo sobre el interés económico del titular del motor, sino también sobre el derecho de los internautas a obtener información. Y, aunque el tribunal admitía que era un elemento que correspondía dilucidar a la Audiencia Nacional, insinuaba que en el caso del Sr. Costeja no parecía existir ese interés público de los internautas en conocer una información que se remontaba a muchos años atrás y que ya no tenía utilidad, puesto que las deudas con la Seguridad Social habían sido saldadas. El tribunal pone el énfasis en «el carácter sensible de la información contenida en dichos anuncios para la vida privada de esta persona»¹⁰⁴.

También es preciso hacer referencia a la SAN de 29 de diciembre de 2014. En este sentido, la Audiencia Nacional hace una exposición tanto del derecho a la protección de datos como de las libertades de expresión e información, en particular su contenido y límites. Reconociendo la importancia de las dos libertades citadas para garantizar el pluralismo político, se destaca que éstas no son absolutas, sino que tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, lo que justifica que, en relación con los asuntos de interés

¹⁰³ Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 80 a 81.

¹⁰⁴ Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 96 a 98.

general (bien por el objeto del asunto, bien por la persona que interviene en ellos), estos derechos cedan en favor de las libertades de expresión e información. En el caso del derecho a la oscuridad digital, la Audiencia considera que la libertad de información se encuentra salvaguardada, en principio, por el hecho de que los datos siguen estando accesibles en la página web fuente¹⁰⁵.

Sobre la ponderación de intereses, la Audiencia Nacional sigue, como no podía ser de otro modo, lo establecido en la sentencia *Google Spain y Google*. Así, indica que el derecho a la vida privada y a la intimidad prevalece con carácter general, no pudiendo justificarse otra solución con base en el mero interés económico del gestor. Ahora bien, el derecho a la vida privada pierde su carácter privilegiado cuando hay un interés preponderante por parte del público en acceder a la información correspondiente, debiendo tenerse en cuenta, a la hora de establecer el interés del público, criterios tales como la naturaleza de la información, el carácter sensible para la vida privada de la persona afectada, el papel que esta persona desempeña en la vida pública, el tiempo transcurrido desde que se recogieron los datos, o la no necesidad de dichos datos para los fines para los que fueron recogidos¹⁰⁶.

También debe mencionarse un documento de la Commission nationale de l'informatique et les libertés titulado «Derecho a ser desclasificado. Los criterios comunes utilizados para el examen de las solicitudes» (*Droit au déréférencement. Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes*), en el cual la comisión enuncia

¹⁰⁵ SAN de 29 de diciembre de 2014, Fundamento de Derecho duodécimo.

¹⁰⁶ SAN de 29 de diciembre de 2014, Fundamento de Derecho decimotercero. Las sentencias españolas que tratan el tema del derecho a la oscuridad digital suelen referirse a los diferentes puntos abordados en la sentencia *Google Spain y Google*, realizando al final de la resolución la ponderación de intereses a la que se ha hecho referencia. El resultado de este proceso suele ser favorable a la persona que ha ejercitado su derecho al olvido, lo cual no debe sorprender, habida cuenta de las consideraciones efectuadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cfr. en este sentido varias SSAN de 29 de diciembre de 2014, como las que resuelven los recursos contencioso-administrativos nº 731/2010 (RJCA 2015, 180), nº 109/2010 (RJCA 2015, 182) y nº 416/2011 (RJCA 2015, 184), o también la SAN de 16 de junio de 2015 (JUR 2015, 181052). Cuando el tribunal carece de datos suficientes para hacer la ponderación de intereses porque el afectado no ha indicado cuáles son los hechos relatados en la página web fuente, no siendo posible ni determinar la naturaleza de la información que en ella se contiene ni tampoco su carácter sensible para la vida privada del interesado, la Audiencia Nacional ha fallado a favor del responsable del motor de búsqueda. Cfr. las SSAN de 12 de febrero de 2015 (JUR 2015, 88275) y de 9 de junio de 2015 (JUR 2015, 180387).

los criterios a tener en cuenta a la hora de analizar si el derecho a que un vínculo sea eliminado debe prevalecer sobre el derecho a la información¹⁰⁷.

El primer elemento a comentar sobre la ponderación de intereses es el diferente enfoque de la cuestión que existe en Europa y en Estados Unidos. En este último país la libertad de expresión ha jugado en favor incluso de la difusión de información relacionada con personas que habían sido condenadas penalmente, por estimar que había un interés público en conocer ese tipo de información¹⁰⁸, mientras que en Europa el derecho al olvido ha sido percibido como un componente importante de cara a la rehabilitación del condenado, como ya ha tenido ocasión de señalarse en el epígrafe 2 del presente trabajo. A fin de cuentas, como explica Werro, en la Constitución estadounidense la Primera Enmienda garantiza la libertad de expresión al proclamar que «el Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios»¹⁰⁹. Mientras tanto, ninguna enmienda reconoce expresamente el derecho a la intimidad, por lo que se puede deducir fácilmente que el derecho al que darán prevalencia en Estados Unidos no coincide con el derecho prevalente como regla general en el ámbito de la Unión Europea¹¹⁰.

En la Cuarta Enmienda sí se puede encontrar alguna de las dimensiones del derecho a la intimidad. Esta enmienda establece que «el derecho de los habitantes a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra incautaciones y [registros] arbitrarios, será inviolable, y no se expedirán al efecto las Órdenes correspondientes a menos que exista una causa probable, corroborada mediante Juramento o Declaración solemne, y cuyo contenido describirá con particularidad el lugar a ser registrado y las personas o cosas que serán objeto de detención o embargo»¹¹¹.

¹⁰⁷ Disponible en http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Vos_libertes/Droit_a_dereferencement-criteres.pdf (última consulta: 10 de marzo de 2015).

¹⁰⁸ Cfr. Weber, R. H., loc. cit., p. 122; Werro, F., loc. cit., p. 286.

¹⁰⁹ Se reproduce la traducción efectuada en http://www.cato.org/pubs/constitution/amendments_sp.html (última consulta: 4 de abril de 2015).

¹¹⁰ Cfr. Werro, F., loc. cit., pp. 291 y 292.

¹¹¹ Se reproduce la traducción efectuada en http://www.cato.org/pubs/constitution/amendments_sp.html (última consulta: 4 de abril de 2015).

También en Canadá el enfoque es más favorable a la libertad de expresión, aunque existen casos en los que se cambia el valor objeto de protección para dar un trato adecuado a las personas vulnerables y a los acusados que han resultado absueltos, como ha señalado Simón Castellano¹¹².

Guardando relación con el diferente enfoque que se acaba de exponer, el siguiente problema del reconocimiento del derecho a la oscuridad digital es la determinación de lo que constituye un interés público o general, qué sucesos son noticiables y cuándo dejan de serlo. Este problema no es nuevo, puesto que ya en los inicios del estudio del derecho a la intimidad se dejaba claro que el interés público era un límite a este último derecho. Por ejemplo, Warren y Brandeis sostenían que el derecho a la intimidad no prohibía aquellas publicaciones que fuesen de interés público o general, así como aquellas relacionadas con las personas que habían aceptado someterse a una «observación pública». En definitiva, debía protegerse a quien había optado por mantener su vida en una dimensión privada¹¹³. En el ámbito de la protección de datos personales, es pacífico que dicha protección no debe suponer un límite excesivo a las libertades de expresión e información, de conciencia y de empresa¹¹⁴. Aunque la teoría parece clara, en la práctica se observa un gran problema debido a que no es fácil establecer qué es el interés general ni tampoco quién está capacitado para apreciar su existencia y alcance, incluso analizándolo en el caso concreto.

Werro apunta que la diferencia de perspectiva entre los europeos, con un mayor reconocimiento del derecho a la intimidad y del derecho al olvido, frente a los estadounidenses, con una mayor preocupación por la libertad de expresión y de información, es una cuestión ideológica o cultural. El autor señala que en Europa no parece existir una voluntad tan clara de permitir ciertas injerencias en la intimidad a cambio de una prensa más

¹¹² Cfr. Simón Castellano, P., «The right to be forgotten under European Law...», cit., pp. 16 y 17; Simón Castellano, P., *El reconocimiento del derecho al olvido...*, cit., pp. 127-137.

¹¹³ Cfr. Warren, S. D. / Brandeis, L. D., loc. cit., pp. 214-216. También recogían esta posición Callahan, J. A. (loc. cit., p. 172), que apuntaba que una persona de la vida pública o quien había estado envuelto en un acontecimiento de interés general no podía alegar el derecho a la intimidad, en relación con el uso no autorizado de imágenes o representaciones de una persona; o S.G.P. (loc. cit., p. 102), quien ponía de manifiesto que el derecho a la intimidad estaría limitado por una amplia facultad para publicar cuestiones relevantes de cara a la formación de la opinión pública. Consideraciones similares pueden observarse en la sentencia *Melvin v. Reid*.

¹¹⁴ Cfr. Zanfir, G., loc. cit., pp. 7 y 8.

libre, al contrario de lo que sucede en Estados Unidos¹¹⁵. Efectivamente, al reclamar la protección de la intimidad a través del derecho al olvido o del derecho a la oscuridad, se está abogando por una mayor intervención pública en la vida de las personas, ya que se está facultando al legislador, a los órganos judiciales e incluso a las agencias de protección de datos para que ejerzan un mayor control sobre la información. Las reticencias que despierta la acción estatal en Estados Unidos conducen irremediamente a buscar una mayor libertad de prensa. En un artículo publicado en 1890, Godkin ponía de manifiesto que los periódicos eran «los canales a través de los cuales el ciudadano obtiene casi todo su conocimiento sobre la acción de su Gobierno»¹¹⁶. En consecuencia, parece que una especialmente amplia libertad de prensa es necesaria para controlar la acción estatal.

Reconociendo que en Estados Unidos la protección de la intimidad frente a la libertad de expresión e información es menor que en Europa, creo que hay otro aspecto más que explica la diferencia en cuanto al peso que los diferentes valores tienen para la sociedad. Ambrose y Ausloos señalan que parte del patriotismo existente en Estados Unidos deriva del hecho de que el país es percibido como un lugar en donde las personas tienen una segunda oportunidad. Los autores constatan que la revelación de hechos privados que resultan ciertos puede dar lugar a una acción contra la persona que difunde esa información, así como la existencia de ciertos mecanismos legales que permiten a un deudor un nuevo comienzo (*fresh start*) o que protegen a una persona que ha sido condenada para hacer posible su rehabilitación. Aún así, explican que el tratamiento de la cuestión tiene lugar a partir de reglas más específicas para sectores concretos, códigos de conducta voluntarios y mecanismos más orientados al libre mercado¹¹⁷.

Desde mi punto de vista, es preciso recordar la noción muy norteamericana del hombre hecho a sí mismo o *self-made man*. Es decir, en lugar de acudir al legislador o a los tribunales para borrar el pasado de una persona, siempre que sea posible, el nuevo comienzo se lleva a cabo afrontando ese pasado. Podría decirse que un país no puede erigirse como el paradigma de las segundas oportunidades y de los nuevos comienzos si la imagen que transmite es que todo el mundo está, por así decirlo, libre

¹¹⁵ Cfr. Werro, F., loc. cit., p. 299.

¹¹⁶ Cfr. Godkin, E. L., loc. cit., p. 62.

¹¹⁷ Cfr. Ambrose, M. L. / Ausloos, J., loc. cit., pp. 8 y 9. Cfr. también Schwartz, P. M., loc. cit., pp. 9-11 y 13.

de todo fracaso anterior. Antes al contrario, para apreciar hasta qué punto un lugar es propicio para un nuevo comienzo es imprescindible conocer los fallos anteriores de las personas que han alcanzado el éxito. Esto conduce a no confiar por medio de la ley un gran poder de decisión a ninguna entidad, dejando que las libertades de expresión e información jueguen su papel y que cada uno juzgue la utilización que los demás hacen de las mismas.

Otra cuestión íntimamente relacionada con la diferencia cultural a ambos lados del Atlántico y que también menciona Werro es la posible mayor reticencia del Tribunal Supremo norteamericano a determinar qué es de interés público y qué no lo es¹¹⁸. En cierta forma, se trata de una visión similar a la que transmitió el *Tribunal de Grande Instance* de París en su sentencia de 6 de mayo de 1983¹¹⁹, en la que el órgano judicial dijo que el juez no tiene ni la cualidad ni la competencia para juzgar los acontecimientos históricos, así como que «no ha recibido de la ley la misión de decidir cómo debe ser representado o caracterizado» un episodio de la Historia.

En el epígrafe 2 mencioné la distinción que efectuaba Posner entre la información que desacredita a una persona, por un lado, y la que le avergüenza. Al referirse a la sentencia *Melvin v. Reid*, el autor constata que este segundo tipo de información afecta a las personas a pesar de que no suponen un obstáculo para la vida social de las mismas. Es indudable que las personas quieren reservarse ciertas informaciones, y por tanto esa reserva es un valor apreciado por ellas. Pero, de la misma forma, el autor señala que existe un «mercado» para ese tipo de información, esto es, hay personas interesadas en conocer aspectos de la vida de los demás. De esta forma, habría que ponderar el interés del individuo en mantener en secreto una información y el carácter noticiable de la misma, es decir, el interés que el conocimiento de la información despierta en los terceros. Posner plantea que la decisión del Tribunal de Apelación de California en la sentencia *Melvin v. Reid* posiblemente se debiese a que este órgano estimaba que el público daría mucha importancia al pasado de esa persona a la hora de tratar con ella en el futuro («el mercado de las relaciones interpersonales»), por lo que la resolución debía leerse en el marco de una previsión de un

¹¹⁸ Cfr. Werro, F., loc. cit., pp. 299 y 300.

¹¹⁹ RDS, 1984, Jurisprudence, p. 14, nota de Lindon, R.

comportamiento futuro de la sociedad y la consideración de que ese interés en la vida de otros debía ser reprimido¹²⁰.

En su famoso artículo, Warren y Brandeis decían que el cotilleo (*gossip*) ya no era algo propio de vagos y mezquinos (*idle and vicious*), sino que había una auténtica demanda de ese tipo de contenidos, señalando que el cotilleo ocupaba el espacio de los «asuntos de interés real para la comunidad»¹²¹. Esto permite conectar la existencia de un «mercado» para la información privada de otras personas con las dudas sobre qué se entiende por interés general. No creo que ni los autores citados ni ninguna otra persona estén facultados para distinguir el «interés real para la comunidad» de lo que no lo es. Si hay un mecanismo idóneo para concluir que existe un interés de la comunidad en conocer detalles íntimos de otros, es precisamente el gran número de personas que individual y voluntariamente contribuyen a la existencia de ese «mercado del cotilleo».

Afortunadamente, parece claro que el interés general no justifica cualquier restricción del derecho a la intimidad. De hecho, la mera curiosidad, aun cuando refleje el interés de un gran colectivo, no parece ser un aspecto al que el legislador deba otorgar demasiado valor, y quizás la razón más evidente para ello es una circunstancia que reflejó Godkin. Este autor puso de manifiesto que, siendo la curiosidad un elemento extendido en la sociedad, las personas se muestran reticentes a reconocer su interés por los asuntos privados de otros¹²². Puede ser que las propias personas sean conscientes de que no debería interesarles la vida privada ajena. Así, el «interés general» se identifica generalmente con hechos que afectan de una forma u otra a la vida política de la sociedad, de forma que por «general» no debe entenderse el número de interesados, sino la materia sobre la que trata la información, aun cuando esa materia no despierte un excesivo interés en la mayoría de la población. Tal y como declaró la STS de 17 de enero de 2014¹²³, «la ponderación [entre la libertad de información y el derecho a la intimidad personal y familiar] debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata

¹²⁰ Cfr. Posner, R., op. cit., pp. 539-542.

¹²¹ Cfr. Warren, S. D. / Brandeis, L. D., loc. cit., p. 196.

¹²² Cfr. Godkin, E. L., loc. cit., pp. 66 y 67.

¹²³ RJ 2014, 993.

simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones». En este segundo caso, la ponderación de intereses será más favorable al derecho a la intimidad y al honor.

El Tribunal Supremo español sigue el criterio establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su famosa sentencia de 24 de junio de 2004 (asunto von Hannover contra Alemania)¹²⁴, en la cual el tribunal señaló que al ponderar la protección de la vida privada y la libertad de expresión se debía poner el acento «en la contribución de la publicación de fotografías o artículos en la prensa al debate de interés general», para luego decir que «en este caso la publicación de las fotografías y de los artículos en litigio, cuyo único fin era el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de la demandante, no puede considerarse que contribuya a ningún debate de interés general para la sociedad, pese a la notoriedad de la demandante».

También puede recordarse la STC de 2 de diciembre de 1988¹²⁵, referida a las imágenes del torero Paquirri en la enfermería tras sufrir la cornada que le produjo la muerte. El Tribunal Constitucional señaló que «en ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivadas de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona». Que el torero fuese una persona que despertaba una gran atención en la sociedad no cambiaba esta conclusión.

En algunos casos, el grado de proyección pública que una persona haya dado a su vida sí podrá ser relevante. Por ejemplo, en la STC de 12 de noviembre de 1990¹²⁶, el tribunal dejó claro que la «relevancia pública de la información varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan

¹²⁴ TEDH 2004, 45.

¹²⁵ RTC 1988, 231.

¹²⁶ RTC 1990, 171. Cfr. también STC de 21 de noviembre de 1995 (RTC 1995, 173).

voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas...». Pero siempre hay un límite que no se puede rebasar, de manera que la relevancia pública no podrá llegar hasta la esfera más íntima de una persona o justificar cualesquiera ataques al honor y dignidad de la misma.

No obstante, si la satisfacción de la curiosidad no parece un interés que deba ser objeto de gran valoración por parte del legislador, hay otras situaciones en las cuales no está nada claro si existe un interés general o no. Por ejemplo, Werro expone que no habrá derecho al olvido cuando el conocimiento de la información sea necesario para proteger a la sociedad en el momento actual, planteando el caso de una persona que ha obtenido beneficios en el ámbito financiero abusando de su posición y que posteriormente intenta conseguir nuevamente un puesto similar¹²⁷. La propuesta del autor encierra un peligro. En realidad, lo que se está diciendo es que debe concederse una segunda oportunidad, pero solo para ámbitos diferentes de aquellos en los que una persona ya ha fracasado. Utilizando la noción de la «búsqueda de la felicidad» que, como se recordará, esgrimía el Tribunal de Apelación de California en la sentencia *Melvin v. Reid*, al individuo se le limitan los ámbitos en los que podrá buscar su felicidad. Dicho de otra forma, se olvida, pero solo en parte. Esta solución recuerda a la pena de inhabilitación prevista para ciertos delitos, y su aplicación fuera del campo penal, como principio general en el marco del reconocimiento de un derecho a la oscuridad digital, puede ser objeto de debate.

Tampoco el paso del tiempo como un factor que determina el interés público está exento de problemas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mencionado este factor a la hora de reconocer el derecho a la oscuridad digital, pero la problemática que suscita el criterio temporal puede ser fácilmente apreciada al respecto de dos mandamientos provisionales del *Tribunal de Grande Instance* de París de 24 de noviembre y de 19 de diciembre de 2014, los cuales ya han sido citados anteriormente. El órgano judicial obligó al gestor del motor de búsqueda a borrar un enlace, tomando en consideración el hecho de que la condena penal de la que informaba el enlace había sido impuesta ocho años atrás. Comentando estas resoluciones, Darriere se pregunta si el tribunal habría considerado que el tiempo transcurrido era suficiente para ordenar la supresión del enlace si la condena hubiese sido impuesta solo cuatro años atrás, o

¹²⁷ Cfr. Werro, F., loc. cit., p. 291.

tres¹²⁸. A primera vista, la respuesta parece fácil. El juez habría ponderado los años transcurridos y habría determinado si era suficiente o no. La clave reside en si un juez, una agencia nacional de protección de datos, el gestor de un motor de búsqueda o cualquier otra persona puede realmente determinar cuándo un periodo de tiempo es suficiente o no, o si, por el contrario, esa decisión sería poco menos que totalmente discrecional.

En este contexto, es posible que el enfoque estadounidense sea más realista. Dado que nadie puede saber qué es el interés general y cuán grande es en cada caso, lo mejor es reducir al máximo el número de situaciones en las cuales dicho interés debe ser medido y ponderado por una única autoridad. Como ha señalado Cofone, la libertad de expresión y el derecho a acceder a la información pueden verse seriamente lesionados si es un juez quien debe decidir qué información es suficientemente relevante como para que deba estar accesible, en lugar de que esto sea determinado por las propias personas (buscando esa información) y por el responsable de su publicación¹²⁹.

Baño Fos ha dejado constancia de su preocupación por el hecho de que la sentencia *Google Spain y Google* supone un «incentivo perverso que la decisión genera en favor de los editores de las páginas web. La *sentencia convierte a los buscadores, de facto, en la policía de internet*. Con ello, lo único que se logra es mermar el mejor mecanismo de protección de los datos personales: el *autocontrol por parte de aquellos que publican* la información en internet» (énfasis en el original)¹³⁰. Por su parte, Minero Alejandro incide en que el gestor del motor de búsqueda «usurpa de algún modo» a los jueces y a las autoridades nacionales de protección de datos «las funciones que les son propias, para las que son legalmente competentes y están debidamente preparados»¹³¹.

Continuando con los problemas que genera la ponderación entre el derecho a la información y el derecho al olvido, y tras haber realizado algunas consideraciones sobre el interés general, hay que mencionar el

¹²⁸ Cfr. Darriere, R., loc. cit.

¹²⁹ Cfr. Cofone, I., loc. cit., pp. 9 y 10.

¹³⁰ Cfr. Baño Fos, J. M., «Derecho al olvido, incentivos perversos y eficiencia en la red», blog Derecho Mercantil, 19 de mayo de 2014. Disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/05/derecho-al-olvido-incentivos-perversos.html> (última consulta: 10 de marzo de 2015).

¹³¹ Cfr. Minero Alejandro, G., loc. cit., p. 149.

interés privado. Atendiendo a la sentencia *Google Spain y Google*, el derecho a la intimidad de la persona cuyos datos personales pueden encontrarse fácilmente gracias a un motor de búsqueda solo puede ceder en favor de un interés público¹³². Se deduce que el Tribunal de Justicia descartó la posibilidad de que existiese un interés privado lo suficientemente importante como para prevalecer sobre el derecho a la oscuridad digital, lo cual es bastante discutible. Mencionando de nuevo a Darriere, el autor se preguntaba, al hilo de los mandamientos provisionales que ya se han comentado, si la decisión del Tribunal de Grande Instance de París habría sido diferente si la demandante no hubiese indicado que se encontraba buscando empleo¹³³.

Efectivamente, el hecho de que a través de un motor de búsqueda se pudiese conocer su condena de ocho años atrás hacía que la demandante esgrimiese un notable interés en ocultar esa información. La pregunta es si no hay un interés igualmente importante de parte de los potenciales empleadores en conocer el pasado de las personas que solicitan un empleo. Es posible que la gravedad de una condena penal y la necesidad de favorecer la rehabilitación del condenado justificasen permitir la ocultación de esta información, pero al tratarse de intereses privados de unos pocos nunca podrá ser considerado un interés general, lo que conducirá a garantizar el derecho a la oscuridad digital pese a que en algunos casos menos graves no sea lo más oportuno.

En relación con el interés privado, también debe aludirse al interés económico del gestor de búsqueda. Piñar Mañas indica que en la sentencia *Google Spain y Google*, el Tribunal de Justicia ha declarado «con todo acierto» que el «mero» interés económico del gestor del motor de búsqueda no puede prevalecer sobre el derecho a la protección de datos¹³⁴. En el mismo sentido, Rallo Lombarte constata una «degradación del valor jurídico de la actividad de los buscadores a los justos términos», afirmando que «los ciudadanos obtendrán la prevalencia de sus derechos fundamentales frente a otros intereses -legítimos y apreciables, sin duda-

¹³² Como ha expresado Rallo Lombarte, A. («La garantía del “derecho al olvido” en internet», *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 886/2014, parte Comentario [BIB 2014, 1761]), «la fuerza expansiva del derecho al olvido ante los buscadores resulta extraordinaria y no conoce más límite que el que derive de la valoración del interés público de informaciones personales ponderado, sobre razones concretas, con la injerencia provocada en derechos fundamentales como la intimidad o la protección de datos personales».

¹³³ Cfr. Darriere, R., loc. cit.

¹³⁴ Cfr. Piñar Mañas, J. L., loc. cit.

pero que el ordenamiento jurídico ubica en un escalón inferior al que, sin duda, ostentan los derechos fundamentales consagrados en los arts 7 y 8 CDFUE»¹³⁵. La SAN de 29 de diciembre de 2014 se refiere expresamente a la libertad de empresa, dedicándole un extenso análisis en su Fundamento de Derecho undécimo. La libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 de la Constitución española, está incluida entre los «derechos y deberes de los ciudadanos», mientras que el derecho a la oscuridad digital conecta íntimamente con los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución, precepto que se encuentra entre los «derechos fundamentales». En consecuencia, el interés económico del gestor de búsqueda y su libertad de empresa no pueden prevalecer.

En el estado actual de la cuestión, las libertades económicas se encuentran en un segundo plano frente a otros derechos y frente al interés general. Ahora bien, creo que es conveniente plantear en el presente trabajo que, quizás, esta degradación no esté tan justificada como pudiera parecer. En mi opinión, sería conveniente situar la libertad económica (y, por extensión, la libertad de empresa) al mismo nivel que otros derechos individuales de carácter más personal, por ser una concreción del derecho general a la libertad sin el cual no se garantizarían la autodeterminación y la dignidad de la persona. El mero interés económico del gestor de búsqueda no es tan «mero» si se piensa en todas las implicaciones que tiene. Detrás del ejercicio de su libertad económica se encuentran los intereses individuales de todos los trabajadores de la empresa, de sus accionistas, de sus proveedores, de los anunciantes, de los titulares de páginas web cuya localización es más sencilla gracias a los buscadores y, en definitiva, de todos los internautas. El gran tamaño de las empresas que gestionan motores de búsqueda no es más que el reflejo de las grandes ventajas que suponen para toda la sociedad, puesto que su fuerza y valor económico es directamente proporcional al beneficio y utilidad que han generado en las personas.

Desde luego, la vida en sociedad requiere la limitación de ciertas libertades. Pero una cosa es restringir la libertad en lo necesario para hacer posible la vida en sociedad, y otra degradar la libertad, en este caso proyectada en la libertad económica, obviando que esta es la vía a través de la cual las personas buscan mejorar su calidad de vida satisfaciendo necesidades y, sobre todo, deseos. No hay manera más evidente de buscar la felicidad, recordando la terminología empleada en la sentencia *Melvin v. Reid*, que a través de la libertad económica. En definitiva, probablemente la libertad de

¹³⁵ Cfr. Rallo Lombarte, A., loc. cit. Sentencia Google Spain y Google, apartados 81, 91 y 97.

la que se sirve el gestor de un buscador para ejercer su actividad empresarial sea algo más importante de lo que parece admitir la sentencia *Google Spain y Google*.

Por otra parte, hay que resaltar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que la ponderación de intereses puede arrojar resultados diferentes en función de si se evalúa el interés del responsable de la página web fuente o el del gestor del motor de búsqueda¹³⁶. Esta conclusión está influida por el hecho de que tanto el titular de la página web como el gestor del motor de búsqueda han sido considerados responsables del tratamiento, lo que obliga a tomar en consideración la determinación de los medios y los fines que ambos hacen de los datos personales que tratan. Es cierto, como dice el Tribunal de Justicia, que el editor de un página web puede estar actuando con fines exclusivamente periodísticos, beneficiándose del artículo 9 de la Directiva sobre protección de datos, como se he apuntado en un momento anterior del presente trabajo. El gestor del motor de búsqueda, por el contrario, no actuará con fines exclusivamente periodísticos.

Puesto que se ha comentado el interés económico del gestor del motor de búsqueda, no está de más recordar el fin último de los medios de comunicación cuando actúan «con fines exclusivamente periodísticos». La libertad de información es la vía a través de la cual un medio de comunicación busca obtener beneficios. Lógicamente, pocos medios de comunicación se mantendrían si no obtuviesen un lucro. En este sentido, tanto en el caso de los medios de comunicación como en el de los gestores de motores de búsqueda, el interés económico subyace siempre tras sus actividades.

Como ya he defendido anteriormente, no está claro que el gestor de un buscador deba ser considerado un responsable del tratamiento. Así, reconociendo la posibilidad de que quepa ejercer el derecho a la oscuridad digital frente al gestor del motor de búsqueda pero no frente al editor de la página fuente, se incurre en una cierta incoherencia. Al responsable de la publicación de los datos personales se le carga con menos obligaciones que al intermediario que únicamente dice dónde se encuentran esos datos, careciendo en principio de capacidad de control sobre los mismos.

El contenido de las páginas web fuente no es información que proporcione el buscador, sino que este simplemente indica que, en

¹³⁶ Sentencia *Google Spain y Google*, apartados 85 a 87.

relación con una búsqueda efectuada, hay una página indexada que puede ser de utilidad. Las pocas palabras presentes en la página web fuente que constan en los resultados de búsqueda son información sobre por qué el buscador ha arrojado esa página y no otra entre los resultados de búsqueda, es decir, sobre la correspondencia entre la búsqueda y la página indicada. Gracias al motor de búsqueda puede saberse que en la página web hay unas palabras determinadas, pero el buscador no informa sobre su significado y, en consecuencia, no informa propiamente sobre el contenido de la página a la que remite.

También hay que tratar la cuestión del honor y de la reputación. Como ha podido comprobarse, para el Tribunal de Justicia, la comparación de intereses debe hacerse considerando la naturaleza de la información y el carácter sensible para la vida privada de la persona. Pero, aun sin citarse expresamente el honor o la reputación, estos elementos también deben ser tenidos en cuenta. Ya en la SAP de Barcelona (Sección 16.^a), de 17 de julio de 2014¹³⁷ se alude a que la «naturaleza de los datos divulgados -la comisión de un delito treinta años antes- (...) se vincula con los derechos fundamentales al honor y a la intimidad»¹³⁸. De hecho, Botana García y Ovejero Puente prestan especial atención a la cuestión del honor. En este sentido, afirman que el «derecho al olvido está relacionado con la reputación, con el honor y la propia imagen. Luego solo puede ser protegido en los supuestos en los que lo que se encuentre en juego sea la reputación. No se trata, por tanto de cualquier tipo de información perjudicial o no pertinente, sino solo de aquellas que puedan considerarse además vulneradoras del derecho a la intimidad y propia imagen en términos constitucionales», precisando posteriormente que el Tribunal de Justicia «sustituye la tradicional ponderación de derechos (libertad de información versus derechos personales) por una clara preeminencia del derecho personal a la propia reputación»¹³⁹.

¹³⁷ AC 2014, 1661.

¹³⁸ Puede consultarse la nota jurisprudencial elaborada por Garrote Fernández-Díez, I., «Vulneración del “derecho al olvido” e indemnización por daños», blog CESCO, 17 de febrero de 2015. Disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Vulneraci%C3%B3n-del-derecho-al-olvido-e-indemnizaci%C3%B3n-por-da%C3%B1os.pdf> (última consulta: 13 de marzo de 2015).

¹³⁹ Cfr. Botana García, G. A. / Ovejero Puente, A. M., loc. cit., pp. 13 y 14. También en la página web de la Commission nationale de l’informatique et les libertés, en una publicación de 30 de mayo de 2014, se vincula el derecho a exigir la retirada de enlaces a la circunstancia de que la información sea perjudicial para la persona (<http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/comment-effacer-des-informations-me-concernant->

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que el derecho a la oscuridad digital no presupone el carácter perjudicial de la información. Por esta razón, quizás sea más exacto decir que es el derecho a la intimidad el que goza de la referida preeminencia, si bien la evidente conexión con el derecho al honor hace que las consecuencias que la información pueda tener para la reputación de una persona sirvan como criterio para determinar el grado de injerencia en la vida privada de la persona.

Un último elemento a señalar sobre la ponderación de intereses es el hecho de que los gestores de los motores de búsqueda no tienen la obligación de informar al responsable de la página web fuente de las solicitudes de eliminación de enlaces en el buscador. Aunque nada les impide hacerlo, es indiscutible que esto generaría grandes costes. Por consiguiente, el derecho a la oscuridad digital es un incentivo a borrar enlaces en caso de duda, no dando la posibilidad al titular de la página web fuente de que discuta la solicitud del interesado¹⁴⁰. Para Cofone, los costes que el derecho a la oscuridad digital tiene, tanto para las compañías como en términos de eliminación de resultados en casos dudosos, probablemente sean superiores a los beneficios¹⁴¹.

4.2. La dimensión pública de las personas

En su resolución de 27 de julio de 2007¹⁴², la Agencia Española de Protección de Datos declaró que «cabe proclamar que ningún ciudadano que ni goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho

sur-un-moteur-de-recherche/ [última consulta: 10 de marzo de 2015]). En la página puede leerse: «comment effacer des informations me concernant sur un moteur de recherche? Vous avez tapé votre nom dans Google, Bing, ou un autre moteur de recherche. Les informations qui vous concernent nuisent à votre image ou à votre réputation? La CNIL vous explique comment les faire disparaître ou demander qu'elles soient déréférencées par les moteurs de recherche».

¹⁴⁰ Cfr. Informe *Guidelines*, punto 9 de la síntesis del documento y punto 23 de la Parte I. Cfr. también el ya citado documento de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, Droit au déréférencement. Interprétation commune de l'arrêt de la CJUE, p. 4.

¹⁴¹ Cfr. Cofone, I., loc. cit., p. 9. También ROSEN, J. (loc. cit., p. 92) alude a que Google puede optar por eliminar enlaces en lugar de emplear muchos recursos en hacer una ponderación de intereses exhaustiva, lo cual sería una actitud comprensible, puesto que, como reconoce MINERO ALEJANDRE, G. (LOC. CIT., P. 148), LOS gestores de los motores de búsqueda deberán destinar muchos recursos para analizar las solicitudes de retirada de enlaces que les lleguen, «hasta llegar al punto del posible colapso de los medios destinados a este fin».

¹⁴² TD/00266/2007.

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 sistema de comunicación universal como Internet». Efectivamente, no hay duda de que, tal y como ya afirmó Godkin en 1890, debe reconocerse al individuo el poder de determinar cuánto podrán saber los otros sobre él, siendo este poder una muestra del respeto por la dignidad personal. De hecho, el citado autor otorgaba a esa facultad individual el grado de «derecho natural»¹⁴³. Y también la STC de 15 de julio de 1999¹⁴⁴ declaró que el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución española es un derecho a poseer intimidad, a tener vida privada, «un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio».

Posicionarse en contra del reconocimiento del derecho a la oscuridad digital no supone negar el poder de las personas de no someterse a una publicidad indeseada. Debe recordarse que lo que se está discutiendo es el derecho a que se borre un enlace de un intermediario sin necesidad de exigir el borrado de los datos personales en la página web fuente. Es decir, para el caso de que la publicación en una página web fuente sea ilícita, está plenamente justificado imponer a los motores de búsqueda un desindexado de esa página incluso antes de que esta sea borrada, a fin de dar cumplida satisfacción al interesado lo más rápidamente posible y con la mayor eficiencia. Cuando se niega la conveniencia del derecho a la oscuridad digital, lo que se defiende es que nadie tiene derecho a imponer a otros la edición de un perfil digital formado a partir de la información que ha sido publicada lícitamente en Internet.

Desde un punto de vista práctico, el derecho a la oscuridad digital se traduce en un derecho «a ser editado», ya que si una persona ejerce su derecho al olvido frente al responsable del motor de búsqueda el motor ofrecerá un perfil sesgado de la persona, probablemente excesivamente positivo. En un artículo publicado el 14 de mayo de 2014 en Financial Times, Gapper manifestó que reconociendo el derecho a exigir la retirada de ciertos enlaces del

¹⁴³ Cfr. Godkin, E. L., loc. cit., p. 65.

¹⁴⁴ RTC 1999, 134.

buscador, más pronto que tarde, los resultados de búsqueda se asemejarán a una biografía oficial, no recogiendo la realidad¹⁴⁵.

Dicho de otra forma, el derecho a la oscuridad digital parte de la base de que el interesado ha tenido una proyección pública a mayor o menor escala y que esa proyección es lícita y no va a ser eliminada de la página fuente, bien porque el interesado carece de derecho a ello, bien porque simplemente no lo desea. Y esto porque, como ya manifestó Simón Castellano, cuando el responsable de una página web fuente trata datos personales, la persona tiene un derecho de cancelación frente a ese titular y puede oponerse a que dicho tratamiento prosiga. Para este autor, la problemática se crea únicamente porque la información lícitamente publicada no se puede eliminar y el buscador hace que su localización sea mucho más sencilla, por lo que «puede afectar desproporcionalmente la reputación de las personas»¹⁴⁶.

Desde mi punto de vista, la conservación de la información y la voluntad de las personas de mantener una buena reputación pueden hacer más por la buena marcha de la sociedad, incentivando la buena conducta, que muchas leyes que reconozcan derechos e impongan sanciones. La importancia del honor y la reputación para las personas está fuera de toda duda. Siguiendo la explicación de Godkin, la reputación es, en primer lugar, un elemento imprescindible para la buena marcha de cualquier sociedad, como factor de cohesión entre sus miembros. La reputación también aparece como un aspecto esencial para que el individuo pueda llevar una vida satisfactoria y confortable. La conservación de la reputación es uno de los motivos más importantes por los que las personas observan una buena conducta y, de hecho, para Godkin la reputación es «la razón más poderosa», afirmando que si no hubiese un deseo de gozar de la aprobación social y un temor al reproche social, la sociedad estaría menos protegida contra el desorden. El autor también indica que la reputación influye en la buena marcha de los negocios y en la consideración que los terceros tienen de una persona, lo cual determinará el grado de influencia que esta persona podrá ejercer¹⁴⁷. Por consiguiente, la reputación puede ser un elemento disuasorio de las malas conductas de gran efectividad, ejerciendo su influencia sin la necesidad de destinar tantos recursos públicos al control y represión de esas conductas.

¹⁴⁵ Cfr. Gapper, J., loc. cit.

¹⁴⁶ Cfr. Simón Castellano, P., «El régimen constitucional del derecho...», cit., pp. 402-404.

¹⁴⁷ Cfr. Godkin, E. L., loc. cit., pp. 58-61.

En consecuencia, es posible que la solución a la problemática que pretende atajar el derecho a la oscuridad digital no se encuentre en la legislación, sino en una mayor responsabilidad individual, tanto en el día a día, para no incurrir en acciones cuyo conocimiento podría suponer un perjuicio a quien las realiza, como en el correcto uso de Internet. Precisamente, el derecho a la oscuridad digital se relaciona también con publicaciones que los propios usuarios han realizado en redes sociales o al utilizar diferentes servicios de la sociedad de la información. Las personas se preocupan por su intimidad. Un claro ejemplo es el comentado por Batelle, quien dice que el servicio de correo electrónico Gmail, proporcionado por Google, no fue un éxito inmediato para esta compañía precisamente por cuestiones de intimidad. El autor comenta que algunos usuarios detectaban que los anuncios que se les mostraban eran «demasiado pertinentes», puesto que se correspondían con términos introducidos en los propios mensajes de correo electrónico¹⁴⁸. Si las personas valoran su intimidad, no hay motivo para pensar que no pueden realizar un uso más responsable de Internet. Una excesiva regulación y el reconocimiento del derecho a la oscuridad digital pueden actuar en sentido contrario, haciendo creer a los internautas que están protegidos por las leyes cuando en realidad no es tan fácil ponerle puertas al mundo digital.

En el presente trabajo hay que comentar los supuestos en los cuales una persona ha difundido una información en Internet voluntariamente y, a continuación, desea que esa información desaparezca. Esto es especialmente importante en el caso de las redes sociales. La retirada de información difundida por uno mismo no suele plantear problemas. Sin embargo, cuando esa información ha llegado a otras personas y éstas a su vez la utilizan (por ejemplo, difundiéndola en su propio perfil de una red social), sí puede discutirse si se tiene el derecho de exigir la retirada de la información a todos los que la han utilizado¹⁴⁹. Fleischer se ha pronunciado sobre esta cuestión constatando los grandes costes que entrañaría acudir

¹⁴⁸ Cfr. Battelle, J., op. cit., pp. 249-253.

¹⁴⁹ En la deliberación de la *Commission nationale de l'informatique et les libertés* nº 2012-156, de 1 de junio de 2012, se discutía la cuestión de una sociedad que había obtenido datos que se encontraban en el perfil público de algunos usuarios, presentándolos después en su página web. Posteriormente, estos habían restringido esa información a la parte privada de su perfil, pero la sociedad carecía de los recursos necesarios para actualizar los datos de forma regular. También carecía de los recursos necesarios para atender a las solicitudes de cancelación de datos dirigidas por los usuarios. En consecuencia, la comisión consideró que la sociedad había cometido una infracción en materia de protección de datos. Esta deliberación se encuentra disponible en el enlace http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/deliberations/Formation_contentieuse/Deliberation_2012-156_YATEDO_FRANCE.pdf (última consulta: 4 de abril de 2015).

a los tribunales, así como si es conveniente que el titular de la red social tenga que ponderar el derecho a la intimidad de quien publicó información sobre sí mismo y la libertad de expresión de quien la difunde tras obtenerla lícitamente. Estoy de acuerdo con el autor cuando plantea que la mejor solución puede ser, quizás, dejar que el titular de la red social decida qué política va a seguir¹⁵⁰. El titular de la red social podría decidir, por ejemplo, que cualquier información que alguien publique en esa red es susceptible de ser utilizada libremente por otros. Pero también podría optar por dar primacía al derecho a la intimidad. Así se establecerá una competencia entre redes sociales, al poder elegir los usuarios la que mejor se adapte a sus preferencias, reduciendo correlativamente su carga de trabajo las agencias de protección de datos y los tribunales.

El propio Fleischer también ha comentado los problemas que se generan cuando una persona, en lugar de difundir una información previamente revelada por otra, sencillamente publica algo que concierne a esta última. Esta situación, que puede darse tanto en el marco de redes sociales como en el de medios de comunicación, es la que más problemas genera. El reconocimiento de un derecho general a borrar esa información publicada por un tercero, dice Fleischer, supone limitar gravemente la libertad de expresión. El autor cree que actualmente se está invocando la intimidad para llevar a cabo una verdadera actividad de censura¹⁵¹. Por su parte, Rosen señala que la Propuesta de Reglamento general de protección de datos trata esta situación igual que el caso de redifusión de una información sobre una persona previamente publicada por ella misma, reconociendo el derecho de esta persona a exigir al otro la retirada de la información que le concierne¹⁵².

En mi opinión, reconocer el derecho a la oscuridad digital en casos como los que se han descrito aludiendo a Fleischer supone el derecho a participar en la sociedad sin asumir las consecuencias de esta actuación, y por lo tanto deben buscarse otras soluciones. En un artículo publicado en *The Guardian* en su edición de 18 de marzo de 2011, Mayes dijo que reconocer el derecho al olvido equivale a decir que puede vivirse fuera de la sociedad, incidiendo en que la «existencia social» no puede olvidarse. El autor opina que cuando se evoca el olvido se está hablando en realidad de invasiones en la vida privada, y si bien el derecho a la intimidad debe

¹⁵⁰ Cfr. Fleischer, P., loc. cit.; Rosen, J., loc. cit., pp. 90 y 91.

¹⁵¹ Cfr. Fleischer, P., loc. cit.

¹⁵² Cfr. Rosen, J., loc. cit., pp.91 y 92.

ser protegido, no puede llevarse al extremo del derecho al olvido¹⁵³. Por las razones expuestas, creo que el derecho a la oscuridad digital debe reconducirse a los derechos a la intimidad, al honor y a la protección de datos personales, actuando sobre los responsables de la publicación en la página web fuente cuando infrinjan alguno de ellos¹⁵⁴. El motor de búsqueda, como intermediario, debe asumir obligaciones cuando la publicación en la fuente sea ilícita, contribuyendo a dar una rápida solución al perjudicado tras una orden judicial o un requerimiento por parte de una autoridad en materia de protección de datos. Pero no se le debe cargar al gestor del buscador la responsabilidad por contenidos de otros. Si la difusión de contenidos puede afectar en mayor medida a la intimidad y a la reputación de una persona, eso es algo a tener en cuenta por el responsable de la página web fuente, quien debe ser consciente de la facilidad que existe para localizar información en Internet y actuar en consecuencia, por ejemplo, incluyendo protocolos de exclusión¹⁵⁵.

En el ámbito de las redes sociales y la información difundida por uno mismo a la que otros pueden acceder, me parece conveniente acudir a una figura como la «expectativa razonable de intimidad» (*reasonable expectation of privacy*), aplicada por ejemplo en Derecho estadounidense para resolver conflictos sobre el derecho a la intimidad. Ya se ha reproducido en este trabajo la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, en el marco de la cual la expectativa razonable de intimidad sirve como criterio para determinar qué registros son irrazonables y, por consiguiente, infringen los derechos individuales. Kerr ha hecho un interesante análisis sobre la aplicación de la Cuarta Enmienda y la figura de la expectativa razonable de intimidad en el marco del mundo digital, estableciendo una distinción entre «contenidos» y «no contenidos» que sería análoga a la distinción entre «interior» (*inside*) y «exterior» (*outside*)

¹⁵³ Cfr. Mayes, T., «We have no right to be forgotten online», *The Guardian*, 18 de marzo de 2011. Disponible en <http://www.theguardian.com/commentisfree/libertycentral/2011/mar/18/forgotten-online-european-union-law-internet> (última consulta, 13 de marzo de 2015).

¹⁵⁴ En el caso del Sr. Costeja, por ejemplo, podría plantearse si el periódico tenía derecho a digitalizar la información sobre la subasta de los bienes inmuebles, cuando dicha subasta ya se había celebrado tiempo atrás. Este aspecto es apuntado por Baño Fos, J. M., loc. cit.; o Simón Castellano, P., *El reconocimiento del derecho al olvido...*, cit., p. 249.

¹⁵⁵ Baño Fos, J. M. (loc. cit.), considera que tras el reconocimiento del derecho a la oscuridad digital «la protección de la información personal en internet será más ineficiente». Para el autor, si los motores de búsqueda son la vía de acceso a Internet en muchos casos, en lugar de poner un filtro en esa vía, se conseguiría un mejor resultado actuando sobre los canales que abastecen al motor de búsqueda, es decir, las páginas web fuente.

para determinar cuándo se infringe la citada Enmienda. Aplicando esta distinción, el autor plantea que una persona renuncia a su expectativa razonable de intimidad sobre cualquier contenido que voluntariamente publique en Internet, en la medida en que esa publicación sea accesible a terceros. El autor dice que los términos de uso de cada sitio web donde se publique información podrían jugar algún papel, estableciendo la expectativa razonable de intimidad que mantiene alguien que participe en esa web, aunque considera que más bien servirán para determinar el grado de consentimiento prestado por el usuario de cara a una cesión de sus datos a terceros por parte del proveedor de contenidos¹⁵⁶.

En mi opinión, no hay ningún motivo que impida que el responsable de cada sitio web fije el grado de intimidad del que disfrutarán las personas que utilicen esa página respecto de la información personal que publiquen ellas mismas. En este caso, al aceptar los términos y condiciones de la página, la expectativa de intimidad del internauta se concretaría en un derecho a la intimidad sobre los contenidos que publica con una extensión determinada, tan amplia como el responsable de la web hubiese establecido en sus condiciones. De la misma manera, quien navegase en esa web asumiría el deber de respetar las normas fijadas por el responsable, y solo podría utilizar la información de esa web respetando el derecho a la intimidad al que se ha aludido, cuyo contenido y extensión habrían sido precisados.

Si, tal y como se ha defendido, las personas deben asumir individualmente un mayor grado de responsabilidad en el mundo digital a fin de proteger adecuadamente su intimidad y su reputación, hay que hacer una matización en lo que se refiere a los niños, puesto que a estos no se les puede exigir el mismo grado de cuidado y diligencia. Comparto plenamente lo expuesto en la Propuesta de Reglamento general de protección de datos, cuyo considerando número 29 dice que «los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos en relación con el tratamiento de datos personales». La idea de que los niños merecen una protección específica se reitera en los considerandos número 38 y 46, y en el considerando número 53 se establece que el derecho al olvido es «particularmente pertinente si los interesados hubieran dado su consentimiento siendo niños, cuando no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quisieran suprimir tales datos personales especialmente en

¹⁵⁶ Cfr. Kerr, O. S., loc. cit., pp. 1019-1031.

Internet». También en el artículo 17.1 de la Propuesta de Reglamento general de protección de datos se hace referencia a los menores, al disponer que «el interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión, especialmente en lo que respecta a los datos personales proporcionados por el interesado siendo niño...».

Sin embargo, puede debatirse a qué edad una persona debe ser plenamente responsable de sus actos en el mundo digital. El considerando número 29 señala que «con el fin de determinar cuándo se considera que una persona es un niño, el presente Reglamento debe asumir la definición establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño», disponiendo el artículo 4 de la Propuesta de Reglamento que se entenderá por «niño» «toda persona menor de 18 años». Quizás el punto en el que las personas deben asumir plenamente su responsabilidad debiera situarse antes de los 18 años, teniendo en cuenta que los menores de edad se sirven de las nuevas tecnologías cada vez más pronto y que debe incentivarse el uso responsable de Internet desde el principio. El artículo 8.1 de la Propuesta de Reglamento general de protección de datos, sobre el tratamiento de los datos personales relativos a los niños, establece que «en relación con la oferta directa de servicios de la sociedad de la información a los niños, el tratamiento de los datos personales relativos a los niños menores de 13 años solo será lícito si el consentimiento ha sido dado o autorizado por el padre o tutor del niño». Si se entiende que con 13 años una persona puede prestar un consentimiento válido en relación con el tratamiento de sus datos personales, quizás sea excesivo demorar cinco años la atribución de responsabilidad plena.

Debe recordarse que en España la capacidad para testar se adquiere a los catorce años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 663 del CC. También se encontraba en los catorce años la edad mínima para contraer matrimonio, puesto que, si bien el artículo 46 del CC señala que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, el artículo 48 del mismo texto preveía que el juez podía dispensar con justa causa y a instancia de parte el impedimento de edad a partir de los catorce años. No obstante, dicho artículo 48 del CC ha sido modificado en virtud del punto dos de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En la nueva redacción del artículo 48 del CC, en vigor desde el 23 de julio de 2015, la dispensa referida

se ha eliminado y, en consecuencia, la edad mínima para contraer matrimonio se ha visto incrementada hasta los dieciséis años¹⁵⁷.

4.3. La sobrecarga informativa

Cuando se estudia el conflicto entre los derechos a la intimidad y la libertad de información en el mundo digital, las referencias a la sobrecarga informativa propia de este mundo son ciertamente escasas. Sin embargo, en mi opinión, dicha sobrecarga es un aspecto que permite proponer que la actuación libre de las personas puede ser el mejor mecanismo para responder a preguntas tales como cuándo una información carece de interés público y qué interés debe prevalecer en caso de conflicto, así como para favorecer que las informaciones irrelevantes caigan en el olvido sin necesidad de otorgar a nadie por medio de la ley la capacidad de controlar la información de Internet. En un trabajo anterior ya tuve ocasión de presentar estos beneficios de la sobrecarga informativa, planteando que la actuación libre de las personas puede ser un mecanismo más adecuado que el derecho a la oscuridad digital para conseguir el olvido de informaciones verdaderamente poco relevantes¹⁵⁸.

Recordando lo que mantenía en dicho trabajo, resulta evidente que el volumen de información disponible resulta en la actualidad inmanejable. Si este volumen es superior al que podemos gestionar, en gran parte se lo debemos a la posibilidad de conservar mucha información de manera fácil y rápida. Sin embargo, el tiempo y la capacidad cognitiva de las personas es limitada, por lo que el incremento de información disponible requiere grandes esfuerzos para seleccionar la información relevante, algo que los motores de búsqueda realizan con gran eficacia. El resultado es que los recursos limitados como el tiempo y la capacidad cognitiva se emplean en relación con la información relevante, mientras que los sistemas de conservación de información, mucho menos limitados, se encargan de mantener accesibles el resto de datos, por si en algún momento llegan a ser útiles. Los motores de búsqueda son herramientas que ayudan a localizar la información cuando esta tiene utilidad. En consecuencia, el mundo digital es especialmente idóneo para que caigan en el olvido una gran cantidad de datos. Estos datos no desaparecen, se encuentran latentes, pero no son utilizados si de ellos no se adquiere ningún beneficio lo suficientemente importante.

¹⁵⁷ Cfr. artículos 317 y 320 del CC.

¹⁵⁸ Cfr. Pazos Castro, R., loc. cit., pp. 45 y 46.

En mi anterior trabajo puse el ejemplo de los números de teléfono. Ahora que hay muchas más líneas telefónicas y que guardar los números requiere muy poco esfuerzo, el número que otra persona nos proporciona cae en el olvido tras ser almacenado en nuestro teléfono móvil. De hecho, muchas veces ni siquiera volveremos a consultarlo, pues para llamar a la persona con la que queremos contactar solo necesitamos encontrar su nombre en la agenda. El número no desaparece, pero, sin duda, es olvidado. Otro ejemplo que planteaba entonces era la propia persona cuyo litigio había dado lugar a la sentencia *Google Spain y Google*. En los días posteriores a esta sentencia, muchos escucharon el nombre completo del Sr. Costeja, vieron su imagen en Internet, en la televisión o en el periódico, leyeron alguna entrevista, etc. ¿Cuántas personas, de todas las que en algún momento accedieron a datos como el nombre o la imagen del Sr. Costeja, los recuerdan a día de hoy? Estos datos se encuentran disponibles en Internet, pero al igual que los números de teléfono, han caído en el olvido.

Como señaló Cofone, si introduciendo el nombre del Sr. Costeja en el buscador de Google aparecen los datos sobre sus deudas sobre la Seguridad Social, significa que esos son los datos más relevantes sobre esa persona disponibles en Internet. Cualquier motor de búsqueda tiene por objetivo conectar al usuario con el contenido que le interesa, y las compañías son las primeras interesadas en que el motor haga una buena selección de la información disponible en Internet. Por esta razón es difícil sostener que la información sobre el Sr. Costeja no era relevante¹⁵⁹. El algoritmo que utiliza el motor de búsqueda de Google decía otra cosa, y los motores de búsqueda suelen arrojar resultados pertinentes con un elevado grado de acierto.

En definitiva, la conservación de la información es un medio de protegerse para el caso de que una información poco útil hoy sí lo sea el día de mañana. Pero dado que la capacidad de manejar y utilizar información es limitada, incluso la conservación de información no garantiza ser consciente de su existencia. Ahí es donde entran en juego los motores de búsqueda, que localizan información relevante con gran eficacia. Por lo tanto, el motor de búsqueda, que tiene en cuenta los intereses individuales de internautas que actúan libremente, puede ser un mecanismo adecuado para establecer qué informaciones son de gran interés y cuáles no. Aquellas que no lo sean estarán disponibles pero caerán en el olvido, puesto que los motores no las muestran y la página web fuente en la que

¹⁵⁹ Cfr. Cofone, I., loc. cit., p. 10.

se encuentran debe competir por el tiempo y la atención de un internauta con otros millones de páginas web. De esta forma, sin necesidad de ninguna norma y sin que ninguna autoridad actúe, la información poco relevante se oculta hasta que alguien tenga un verdadero interés en ella, en cuyo caso, deja de ser poco relevante.

Además, este proceso evita que una autoridad deba evaluar la obsolescencia de la información de cara a evaluar el interés de la información, evitando que se pierda definitivamente información que en el futuro podría ser de gran utilidad. La obsolescencia de la información es un criterio adecuado para limitar el consentimiento que una persona puede prestar al tratamiento de sus datos personales. Dado que es difícil que alguien recuerde todas las situaciones en las cuales prestó su consentimiento al tratamiento de sus datos personales, sería difícil que pasado un tiempo esa persona pudiese solicitar a todos los responsables del tratamiento la cancelación de esos datos. De esta forma, es una norma eficiente cargar a dichos responsables con la obligación de borrar los datos pasado un tiempo o solicitar una renovación del consentimiento, al menos en un plano teórico, ya que en la práctica su correcta aplicación es muy difícil. Pero, desde luego, utilizar la obsolescencia para determinar si procede o no el derecho a la oscuridad digital no parece ser igual de eficiente. No hay razón para imponer a otros lo que debe considerarse obsoleto, pretendiendo eliminar una información a la que quizás en el futuro sea conveniente poder acceder, cuando la propia configuración de Internet y la actuación libre de las personas puede conseguir el mismo efecto sin restringir la libertad de nadie.

5. CONCLUSIÓN

El derecho de una persona a ocultar información relativa a su pasado para que no afecte a su futuro no es una cuestión novedosa. Relacionada sobre todo con los derechos al honor y a la intimidad, esa facultad se hizo más clara con la aparición de las normas sobre protección de datos personales. Este tipo de datos permiten identificar a una persona concreta con un determinado suceso, y una cierta noción del derecho al olvido puede apreciarse en los principios de consentimiento y finalidad, así como en los derechos de oposición y de cancelación de datos. Sin embargo, la apelación al derecho al olvido en diferentes contextos ha impedido su caracterización como figura autónoma, siendo recomendable tratar en cada supuesto la conveniencia o no de reconocer el mencionado derecho.

Actualmente, el derecho al olvido ha recibido un nuevo impulso y su reconocimiento se ha producido en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Google Spain y Google*. En el presente artículo se ha precisado en qué consiste este derecho, cuándo puede ejercitarse y cuáles son sus consecuencias. Dado que el ejercicio del derecho al olvido, tal y como ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia, no implica la desaparición de la información en la fuente, puesto que el derecho se ejerce contra el gestor de un motor de búsqueda, el efecto práctico es el oscurecimiento de la información. Pese a existir y poder accederse a ella, la información cae en el olvido en la práctica porque se pierde entre el resto de información disponible en Internet. Por esta razón se ha propuesto denominar «derecho a la oscuridad digital» a la facultad reconocida en la sentencia *Google Spain y Google*.

La argumentación del Tribunal de Justicia no está libre de toda discusión. De hecho, el derecho a la oscuridad digital coincide en gran parte con los derechos de cancelación y oposición si se atribuye al gestor del motor de búsqueda la condición de «responsable del tratamiento» a los efectos de la Directiva sobre protección de datos, condición que en mi opinión no le corresponde. Cuando se discuten las premisas de las que parte el Tribunal de Justicia, el derecho a la oscuridad digital aparece como un derecho autónomo y novedoso, siendo posible entonces cuestionar su necesidad y conveniencia. En este sentido, se han señalado ciertos problemas que conlleva el derecho a la oscuridad digital, en particular, la restricción de las libertades de expresión e información, planteando que la negación de este derecho evita muchos de los problemas sin dejar desprotegidos los intereses de la persona que pretende la oscuridad.

Estos intereses deben ser protegidos, en primer lugar, por el propio sujeto interesado. Considero que no es adecuado construir una sociedad en la cual el sistema jurídico promueva la irresponsabilidad generando la falsa creencia de que la regulación puede solucionar todos los problemas y errores de las personas. Las razones que desaconsejan esta configuración social son, entre otras, los costes que implica cualquier regulación, la limitación de las libertades que esta supone y los incentivos perversos que genera. Por otra parte, las figuras ya conocidas del derecho a la intimidad y al honor permiten responder a los intereses de las personas cuya información aparece en Internet. Pero estos derechos con un largo recorrido y un desarrollo doctrinal y jurisprudencial importante no deben ser utilizados para atacar a quien simplemente indica la localización de una información que no controla, sino para perseguir a quien los infringe a través de contenidos que son de su responsabilidad.

Si el desarrollo de las tecnologías de la información incrementa la incidencia de la información que se publica, eso debe ser tenido en cuenta por quien lleva a cabo esa publicación. El intermediario debe asumir también obligaciones, pero sólo cuando sea responsable de los contenidos publicados o, siendo consciente del significado de esos contenidos, los utilice para sus propios fines, así como cuando su actuación sea necesaria para minimizar el perjuicio causado por contenidos publicados ilícitamente en una página web fuente. No es preciso restringir libertades y asumir los costes que una nueva regulación entraña. Basta aplicar conceptos ya conocidos contra los verdaderos responsables de las infracciones cometidas en materia de protección de datos o vulneraciones de los derechos al honor y a la intimidad.

BIBLIOGRAFÍA

Svan Alsenoy, Brendan / Koekkoek, Marieke, «The extra-territorial reach of the EU's "right to be forgotten"», ICRI Working Paper 20/2015, 19 de enero de 2015. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2551838>.

Ambrose, Meg Leta / Ausloos, Jef, «The Right to Be Forgotten Across the Pond», *Journal of Information Policy*, vol. 3, 2013, pp. 1-23.

Aparicio Salom, Javier, *Estudio sobre la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal*, 3ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

Baño Fos, José María, «Derecho al olvido, incentivos perversos y eficiencia en la red», *blog Derecho Mercantil*, 19 de mayo de 2014. Disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/05/derecho-al-olvido-incentivos-perversos.html> (última consulta: 10 de marzo de 2015).

Barbas, Samantha, «The Sidis Case and the Origins of Modern Privacy Law», *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 36, n.º 1, pp. 21-69.

Battelle, John, *Buscar. Cómo Google y sus rivales han revolucionado los mercados y transformado nuestra cultura*, Ediciones Urano, Barcelona, 2006.

Botana García, Gema Alejandra, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional en el Caso Google», *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 120, Sección Informe de Jurisprudencia, Tercer trimestre de 2014, Editorial La Ley (La Ley 3941/2014).

Botana García, Gema Alejandra / Ovejero Puente, Ana Mª, «Claves de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 en la cuestión prejudicial planteada en el caso Google», *Actualidad Civil*, 9 de junio de 2014, Editorial La Ley (La Ley 3951/2014).

- Callahan, John A., «Torts - Right of Privacy - Unauthorized Radio Dramatization of Shooting», *Marquette Law Review*, vol. 24, 1940, pp. 171 y 172.
- Calvo García, Manuel, *Teoría del Derecho*, 2.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- Cofone, Ignacio, «Google v. Spain: A Right To Be Forgotten?», *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, nº 1, 2015, pp. 1-11.
- Cooley, Thomas McIntyre, *A Treatise on the Law of Torts: Or the Wrongs which Arise Independent of Contract*, 3.ª edición, Callaghan, Chicago, 1906.
- Darriere, Romain, «Première condamnation française de Google sur le fondement du droit à l'oubli numérique», *Village de la Justice*, 5 de enero de 2015. Disponible en <http://www.village-justice.com/articles/Premiere-condamnation-francaise,18636.html> (última consulta: 30 de marzo de 2015).
- Drummond, David, «Droit à l'oubli sur Internet: trouver le juste équilibre», *Le Figaro*, 11 de julio de 2014. Disponible en <http://www.lefigaro.fr/vox/monde/2014/07/11/31002-20140711ARTFIG00016-droit-a-l-oubli-sur-internet-trouver-le-juste-equilibre.php> (última consulta: 10 de marzo de 2015).
- Fleischer, Peter, «Foggy thinking about the Right to Oblivion», blog Peter Fleischer: Privacy...?, 9 de marzo de 2011. Disponible en <http://peterfleischer.blogspot.co.nz/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html> (última consulta: 13 de marzo de 2015).
- Gapper, John, «Google should not erase the web's memory», *Financial Times*, 14 de mayo de 2014. Disponible en <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/b02439d6-da92-11e3-8273-00144feabd00.html#axzz3U49BPHH1> (última consulta: 11 de marzo de 2015).
- Garrote Fernández-Díez, Ignacio, «Vulneración del “derecho al olvido” e indemnización por daños», blog CESCO, 17 de febrero de 2015. Disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Vulneraci%C3%B3n-del-derecho-al-olvido-e-indemnizaci%C3%B3n-por-da%C3%B1os.pdf> (última consulta: 13 de marzo de 2015).

- Godkin, Edwin L., «The Rights of the Citizen. IV. To His Own Reputation», Scribner's Magazine, vol. 8, nº 1, julio de 1890, pp. 58-67.
- Iglezakis, Ioannis, «The Right To Be Forgotten in the Google Spain Case (case C-131/12): A Clear Victory for Data Protection or an Obstacle for the Internet? », 26 de julio de 2014. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2472323>
- Kerr, Orin S., «Applying the 4th Amendment to the Internet», Stanford Law Review, vol. 62, nº 4, 2010, pp. 1005-1050.
- Letteron, Roseline, «Google et le droit à l'oubli: une jurisprudence en construction», Contrepoints, 21 de enero de 2015. Disponible en <http://www.contrepoints.org/2015/01/21/195209-google-et-le-droit-a-loubliunejurisprudence-en-construction> (última consulta: 13 de marzo de 2015).
- Letteron, Roseline, «Le droit à l'oubli de Florence Rey», Contrepoints, 28 de noviembre de 2013. Disponible en <http://www.contrepoints.org/2013/11/28/147879-le-droit-a-loubli-de-florence-rey> (última consulta: 13 de marzo de 2015).
- Letteron, Roseline, «Le droit à l'oubli», Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Étranger, nº 2, 1996, pp. 385-424.
- López García, Mabel, «Derecho a la información y derecho al olvido en Internet», La Ley Unión Europea, nº 17, julio de 2014, pp. 41-50.
- Mayer, David N., Liberty of Contract: Rediscovering a Lost Constitutional Right, Cato Institute, Washington, D.C., 2011.
- Mayes, Tessa, «We have no right to be forgotten online », The Guardian, 18 de marzo de 2011. Disponible en <http://www.theguardian.com/commentisfree/libertycentral/2011/mar/18/forgotten-online-european-union-law-internet> (última consulta, 13 de marzo de 2015).
- Minero Alejandro, Gemma, «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 UAM, nº 30, 2014, pp. 129-155.

- Pazos Castro, Ricardo, «El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible?», *InDret*, n.º 1, 2015.
- Piñar Mañas, José Luis, «“Caso Google”: ¿una mejor privacidad?», *El País*, 15 de mayo de 2014. Disponible en http://elpais.com/elpais/2014/05/14/opinion/14000_86304_243572.html (última consulta: 10 de marzo de 2015).
- Posner, Richard, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1995.
- Rallo Lombarte, Artemi, «La garantía del “derecho al olvido” en internet», *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 886/2014, parte Comentario (BIB 2014, 1761).
- Richards, Neil M. / Solove, Daniel J., «Privacy’s Other Path: Recovering the Law of Confidentiality», *Georgetown Law Journal*, vol. 96, 2007, pp. 123-182.
- Rodríguez Herrera, Daniel, «Ya que estamos, ¿por qué no prohibimos escribir?», *Libertad Digital*, 13 de mayo de 2014. Disponible en <http://www.libertaddigital.com/opinion/daniel-rodriguez-herrera/ya-que-estamos-por-que-no-prohibimos-escribir-71554/> (última consulta: 10 de marzo de 2015).
- Rosen, Jeffrey, «The Right to Be Forgotten», *Stanford Law Review Online*, vol. 64, Symposium Issue, 2012, pp. 88-92.
- Scheppele, Kim Lane, *Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.
- Schwartz, Paul M., «The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures», *Harvard Law Review*, vol. 126, nº 7, 2013, pp. 1-43.
- S.G.P., «Torts: The Right to Privacy and the Pursuit of Happiness», *California Law Review*, vol. 20, 1931, pp. 100-102.
- Simón Castellano, Pere, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE: efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015.

- Simón Castellano, Pere, «The right to be forgotten under European Law: a Constitutional debate», *Lex Electronica*, vol. 16, nº 2, 2012, pp. 1-30.
- Simón Castellano, Pere, «El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet», *Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet* (coordinadores A. Cerrillo-i-Martínez et al.), UOC-Huygens, Barcelona, 2011, pp. 391-406.
- Tamò, Aurelia / George, Damian, «Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age», *JIPITEC*, vol. 5, nº 2, 2014, pp. 71-87.
- Vilasau Solana, Mònica, «El caso Google Spain: la afirmación del buscador como responsable del tratamiento y el reconocimiento del derecho al olvido (análisis de la STJUE de 13 de mayo de 2014)», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 18, 2014, pp. 16-32.
- Warren, Samuel D. / Brandeis, Louis D., «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, 1890, pp. 193-220.
- Weber, Rolf H., «The Right to Be Forgotten. More Than a Pandora's Box?», *JIPITEC*, vol. 2, nº 2, 2011, pp. 120-130.
- Werro, Franz, «The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash», *Haftungsrecht im dritten Millennium = Liability in the Third Millennium*, (editores Aurelia Colombi Ciacchi et al.), Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 285-300.
- Zanfir, Gabriela, «Tracing the right to be forgotten in the short history of data protection law: The “new clothes” of an old right». Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2501312>.

Maquetación:

Secretaría General Técnica
Subdirección General de Documentación y
Publicaciones

Enlaces de contacto:

Contacto Boletín
Normas de publicación en el Boletín del Ministerio
de Justicia
Suscripción al Boletín

