LA APLICACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN ESPAÑA TRAS LA STJUE GOOGLE CONTRA AEPD Y MARIO COSTEJA

THE IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN SPAIN AFTER THE CJUE DECISION ON GOOGLE VS AEPD AND MARIO COSTEJA

Rev. Boliv. de Derecho Nº 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 112-133

Juan María
MARTÍNEZ
OTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2016
ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2016

RESUMEN: El presente artículo analiza el modo en que el derecho al olvido se está configurando en España, tras el importante pronunciamiento del TJUE en el caso Google contra AEPD y Mario Costeja. Para ello, tras resumir brevemente la famosa sentencia del TJUE, se estudian las primeras sentencias recaídas en nuestro país en materia de derecho al olvido, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo. El artículo subraya las cuestiones que todavía plantean ciertas divergencias interpretativas a la hora de aplicar el conocido como derecho al olvido.

PALABRAS CLAVE: Derecho al olvido, buscadores de Internet, Google, protección de datos, cancelación de datos.

ABSTRACT: The present article analyzes how the right to be forgotten is taking shape in Spain, after the important statement of the ECJ in the case Google vs AEPD and Mario Costeja. After a brief summary about the ECJ's famous ruling, the first resolutions of the Spanish Courts in relation with the right to be forgotten are analyzed. The article highlights the issues that are still open to discussion in daily application of this right.

KEY WORDS: Right to be forgotten, Internet search engines, Google, data protection, cancellation of data.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL: AGENTES IMPLICADOS Y DERECHOS EN LIZA. III. LA STJUE GOOGLE CONTRA AEPD Y MARIO COSTEJA: LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS LATENTES EN EL PROCESO. 1. Aplicabilidad de la normativa española. 2. La responsabilidad del tratamiento. 3. ¿Existe un interés legítimo en el tratamiento? IV. PRIMEROS ECOS JURISPRUDENCIALES EN ESPAÑA. 1. Primer grupo de sentencias de la Audiencia Nacional. 2. La disparidad de criterios respecto de la legitimación pasiva en las jurisprudencias civil y administrativa. 3. La responsabilidad de los editores. V. LA RESPUESTA DE GOOGLE. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Dos años después de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso Google contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja, los perfiles del llamado derecho al olvido y la forma de ejercitarlo se van clarificando[1]. El presente estudio pretende analizar cómo se está configurando en la práctica en nuestro país este derecho, manifestación del derecho fundamental a la protección de datos personales.

Para ello, partiremos de una breve exposición acerca de qué tipo de conflictos pretende resolver el derecho al olvido; posteriormente, se resumirá el caso Google contra la AEPD y Mario Costeja, presentando las principales posiciones existentes en relación con la cancelación de datos o enlaces a los mismos en Internet; en tercer lugar, se expondrá cómo ha acogido la jurisprudencia nacional los criterios sentados por el Tribunal Europeo, señalando qué aspectos han sido pacíficamente aceptados, y cuáles todavía se mantienen abiertos al debate; finalmente, se explicará la respuesta que Google ofrece a los usuarios para hacer efectivo su derecho al olvido.

Confiamos en que este repaso por las resoluciones jurisdiccionales recientes, tanto europea como españolas, contribuya a la mejor comprensión del derecho al olvido, en este momento temprano de su desarrollo en el que todavía nos encontramos.

1 STJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 en el asunto C-131/12, en el procedimiento entre Google Spain, S. L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González.

• Juan María Martínez Otero
Es profesor de Derecho de la Comunicación en la Universidad CEU – Cardenal Herrera. Su principal área de estudio es la regulación de los medios de comunicación y de las tecnologías digitales, en relación con la protección de los derechos fundamentales. Ha sido asesor del Parlamento español en cuestiones relativas a la protección de los menores en el entorno audiovisual. Ha realizado estancias de investigación en diferentes universidades, como Oxford o Cambridge. Entre sus publicaciones, cabe destacar La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuestas desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales, Thomson Reuters - Aranzadi, 2013.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL: AGENTES IMPLICADOS Y DERECHOS EN LIZA

A fin de hacer una aproximación lo más sistemática posible al llamado derecho al olvido y sus implicaciones legales, resulta oportuno esclarecer de inicio quiénes son los agentes implicados en estos conflictos, y cuáles son los intereses y derechos subjetivos en liza.

La problemática en torno al derecho al olvido suele surgir en relación un contenido publicado en Internet por un editor que, al ser indexado por un buscador, alcanza una gran difusión, y afecta de forma negativa a la persona mencionada. De este modo, podemos subrayar que las personas implicadas son cuatro:

1. Editor. Es quien ha publicado en Internet la información que se considera intempestiva y perjudicial por el afectado.

2. Motor de búsqueda. Es la persona jurídica cuya actividad empresarial consiste en clasificar y mostrar ordenado el contenido de Internet a sus usuarios. Normalmente lo hace mediante la presentación del contenido en una lista de resultados adaptada a las búsquedas de los usuarios. El buscador de mayor impacto en nuestro país es sin lugar a dudas Google. Sin embargo, existen otros motores de búsqueda con amplia aceptación, como Bing o Yahoo.

3. Internauta. Es la persona que navega por Internet y accede a la información publicada por el editor, bien directamente, bien a través de la lista de resultados ofrecida por el buscador.

4. Afectado o protagonista del mensaje. Es la persona que resulta mencionada en el contenido, que ve afectados sus derechos por el mismo, y que por ello pretende la remoción del contenido o del enlace al mismo.

Tras haber identificado a los sujetos implicados, es oportuno mencionar qué derechos son ejercidos y afectados en estas situaciones. En primer lugar, el editor que publica un contenido ejerce los derechos comunicativos en su dimensión emisora. Dependiendo de la naturaleza del mensaje –objetiva o subjetiva-, estará ejerciendo el derecho a la información o la libertad de expresión. Por su parte, el internauta que busca y accede a un contenido ejerce los derechos comunicativos en su dimensión pasiva. Dichos derechos vienen reconocidos en el artículo 20.1 a y d de la Constitución Española. El buscador ejerce, sin lugar a dudas, su derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE), aunque cabría preguntarse si su tarea no supone igualmente un ejercicio de los derechos comunicativos, habida cuenta de su protagonismo en la efectiva difusión y acceso a un determinado mensaje. Por lo que respecta al afectado, éste puede ver vulnerados varios de sus

derechos constitucionales: la protección de datos personales (art. 18.4º CE), el honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE), su derecho a la integridad física o psíquica (art. 15 CE), y su derecho al libre desarrollo de la personalidad[2].

El principal conflicto de derechos que el derecho al olvido trata de solventar es el que enfrenta los derechos del editor, el buscador y el internauta, con los derechos del afectado. El editor y el internauta, al publicar o acceder a la información, ejercen sus derechos comunicativos. El buscador, por su parte, al ordenar los resultados ejerce el derecho a la libertad de empresa, y a mi entender, también el derecho a la información en su vertiente pasiva (si bien este último extremo es discutido desde posiciones doctrinales y jurisprudenciales, como veremos más adelante). El afectado esgrime su derecho a la protección de datos, normalmente en relación con su derecho a la intimidad y al honor.

Es criterio jurisprudencial y doctrinal sentado que no existen derechos absolutos, de modo que cuando existe una colisión o conflicto entre ellos, es preciso realizar una ponderación para ver qué derecho debe prevalecer en cada caso[3]. En el caso que nos ocupa, se trata de valorar si es preferible preservar la accesibilidad de la información en la Red, o proteger los derechos de la persona afectada.

Si respecto del diálogo entre el derecho a la protección de datos y los derechos comunicativos no existe una jurisprudencia extensa, no cabe decir lo mismo de la relación entre estos últimos con el honor, la intimidad y la propia imagen[4]. Estos conflictos han sido prolijamente tratados por nuestro intérprete constitucional, que ha acrisolado durante lustros una valiosa jurisprudencia al respecto. Dichos criterios resultan de plena aplicabilidad al conflicto de derechos que aquí nos ocupa. Básicamente, dos son las piedras de toque para determinar cuándo han de prevalecer los derechos comunicativos: la veracidad de las afirmaciones, y su interés público. En efecto, para estar constitucionalmente protegido, cualquier mensaje objetivo deberá ser veraz, lo que significa que deberá haber sido mínimamente contrastado[5]. Aquellos mensajes informativos no contrastados, emitidos sin el mínimo de diligencia exigible, no gozarán pues de protección constitucional. Junto con ello, la protección debida a los derechos comunicativos será directamente proporcional a su interés público, en

2 En nuestro entorno, ha sido Simón Castellano quién ha subrayado la intrínseca conexión entre el derecho al olvido y el derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Simón Castellano, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 116 y ss.

3 El carácter limitado de los derechos fundamentales fue reconocido muy tempranamente por la jurisprudencia constitucional. Así, la STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11), señala en su F.J. 7º: "ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados".

4 Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen han sido desarrollados fundamentalmente mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

5 Las principales sentencias que se han ocupado de concretar el alcance de la expresión información veraz son: SSTC 172/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 172); 178/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 178); 138/1996, de 16 de septiembre (RTC 1996, 138).

función de la materia o las personas de las que el mensaje trate[6]. Como se tendrá ocasión de abordar más adelante, estos criterios han sido empleados por el TJUE para decidir cuándo será legítimo esgrimir el derecho al olvido y cuándo no.

En cuanto al derecho a la protección de datos, resulta necesario antes de seguir adelante delimitar mínimamente su alcance legal, teniendo en cuenta que será el principal derecho que el afectado va a esgrimir con el fin de ver eliminado el contenido de la Red. Este derecho reconoce a su titular la llamada autonomía o autodeterminación informativa, consistente en la capacidad de decidir en cada momento qué información personal será revelada, a quién y con qué objetivo[7]. Los principios rectores para el tratamiento de datos consagrados en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) son la veracidad, la temporalidad, la pertinencia y el consentimiento[8]. De todos ellos, reviste una particular importancia este último, consistente en la obligación de quien hace un tratamiento de datos de contar con el consentimiento del afectado, salvo en casos muy tasados previstos en el propio texto legal[9]. En cuanto a los derechos del afectado, la LOPD le reconoce el derecho a la información sobre la existencia y las características del fichero, el derecho de acceso a los datos, y los derechos de oposición y cancelación[10]. Son estos derechos de oposición y cancelación los que se ejercitan cuando se exige el derecho al olvido.

Para concluir este apartado, valgan unas líneas respecto al derecho a la libertad de empresa, derecho ejercido por el buscador y que es amparado en el artículo 38 de la Constitución. Al tratarse de un derecho reconocido en la parte programática del texto constitucional, el derecho a la libertad de empresa cede en caso de conflicto con un derecho fundamental. Así, cuando se trate de ponderar el derecho a la libertad de empresa de Google u otro buscador con el derecho a la protección de datos de un sujeto particular, la balanza se decantará normalmente hacia la protección del derecho del particular. En cualquier caso, desde ciertas posiciones doctrinales se defiende que el buscador también ejerce el derecho a la información, de forma que la resolución del conflicto entre el buscador y el interesado no resulta tan sencilla.

Tras estos sencillos trazos sobre qué tipo de conflictos el derecho al olvido pretende resolver, y cuáles son los sujetos y los derechos implicados, procedemos a resumir brevemente el debate sobre el derecho al olvido que precedió a la sentencia

6 El concepto de interés público ha sido tratado, entre otras, en las SSTC 178/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 178), F.J. 2°; 121/2000, de 10 de mayo (RTC 2000, 121), F.J. 4°; y 52/2002, de 25 de febrero (RTC 2002, 52), F.J. 8°

7 De Terwangne, C.: "Privacidad en Internet y derecho a ser olvidado / derecho al olvido", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, p. 55.

8 Arts. 4 y ss. LOPD.

9 Art. 6.2° LOPD.

10 Estos derechos son conocidos como los derechos ARCO. Están reconocidos en los artículos 5.1°.e y 17 LOPD.

STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja, explicando cuál fue la posición asumida por el tribunal europeo.

III. LA STJUE GOOGLE CONTRA AEPD Y MARIO COSTEJA: LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS LATENTES EN EL PROCESO

Como es sabido, el *leading case* mediante el que el TJUE ha configurado el derecho al olvido es el caso de Google contra AEPD y Mario Costeja. Veamos brevemente qué motivos llevaron a Mario Costeja a solicitar el derecho al olvido, y el modo en que se desarrolló el caso.

En el año 1998 el Diario La Vanguardia publicó por orden de la Tesorería de la Seguridad Social dos anuncios sobre una subasta de inmuebles del señor Costeja, subasta que se realizaba para hacer frente a impagos con la Seguridad Social. La publicación, prevista por Ley, era indudablemente incómoda para el interesado, pero plenamente legal e idónea para publicitar la subasta. El problema surge progresivamente, cuando la subasta comienza a ser cosa del pasado, pero los anuncios publicados en el periódico –una vez digitalizada la hemeroteca del periódico - son indexados por Google y ofrecidos en la lista de resultados para las búsquedas asociadas al nombre del empresario. Aquí se encuentra el nervio del debate en torno al derecho al olvido: en el carácter intempestivo de informaciones que en su día fueron veraces y de interés público, pero que progresivamente dejan de serlo[11]. Sin embargo, la memoria total de Internet y el poder de los buscadores impiden que dicha información se deslice hacia el olvido. Volviendo al señor Costeja, más de una década después del embargo solicitó tanto a La Vanguardia como a Google la retirada de Internet del contenido y los enlaces, a fin de preservar su honor y la protección de sus datos en la Red. Ante la negativa del diario y del buscador, Costeja interpuso una reclamación ante la AEPD, que estimó su pretensión en relación con Google, al tiempo que la desestimó en relación con La Vanguardia[12]. Por su parte, Google interpuso un recurso ante la Audiencia Nacional, que antes de resolver sobre el fondo del asunto trasladó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE en relación con la correcta interpretación de la normativa comunitaria. Las preceptivas conclusiones del Abogado General, que fueron publicadas el 25 de junio de 2013, se mostraron abiertamente contrarias al derecho al olvido. Empero, y rompiendo el tradicional seguidismo del Tribunal respecto de las conclusiones de los Abogados Generales, la STJUE de 13 de mayo se mostró favorable al mismo, y reconoció la obligación de Google de retirar el acceso a determinados contenidos para garantizar

11 En efecto, normalmente los contenidos que pretenden suprimirse son informaciones pretéritas, cuya publicación estuvo justificada en un momento dado del pasado, pero que han perdido actualidad, y cuya inmediata disponibilidad en Internet el interesado considera excesivamente gravosa.

12 Resolución 898/2010, de 24 de mayo.

así el conocido como derecho al olvido[13]. El 29 de diciembre de 2014 la Audiencia Nacional pronunció su fallo sobre el caso Costeja, aplicando los criterios ofrecidos por el TJUE y reconociendo a Mario Costeja su derecho a exigir la retirada de los enlaces del buscador americano[14].

Las cuestiones más importantes sobre las que se pronunciaron tanto el Abogado General como la Sentencia son las siguientes:

1. ¿Resulta aplicable la normativa de protección de datos española a la actividad de Google, buscador sito en Estados Unidos?

2. En caso de que la normativa española resulte de aplicación, ¿quién es el responsable del tratamiento: el editor o el buscador?

3. En caso de que exista un tratamiento de datos sujeto a la normativa española, ¿concurren intereses legítimos que justifican un tratamiento sin consentimiento del afectado?

1. Aplicabilidad de la normativa española

La primera cuestión es la relativa a la aplicabilidad territorial de la legislación europea y española de protección de datos[15]. El artículo 2.a LOPD establece que la legislación española será de aplicación a "todo tratamiento de datos de carácter personal cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento"[16]. Esta previsión sitúa bajo la normativa española a aquellos editores con sede en España –medios de comunicación ***online***, boletines oficiales, etc.-, así como a los perfiles de redes sociales y portales colaborativos con una oficina en nuestro país –Facebook, Tuenti, etc.

13 STJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 en el asunto C-131/12, en el procedimiento entre Google Spain, S. L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González. AZURMENDI encuentra una causa de esta diversidad de criterios en la crisis diplomático-comunicativa originada por las revelaciones de Edward Snowden, con el consiguiente replanteamiento de la política de protección de datos en la Unión Europea. AZURMENDI, A.: "Por un derecho al olvido para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015, pp. 275-276.

14 SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5129). En enero de 2015 la Audiencia Nacional notificó las primeras dieciocho sentencias conectadas con el derecho al olvido, catorce de las cuales desestiman los recursos de Google y reconocen el derecho de los particulares a la retirada de los enlaces. A lo largo del primer trimestre de 2015, se han sucedido diferentes sentencias en la misma dirección, con unos fundamentos jurídicos prácticamente idénticos. Al análisis de algunas de estas sentencias se dedica un epígrafe posterior del presente trabajo.

15 Una explicación detallada de aplicabilidad territorial de la normativa española puede consultarse en: SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional*, cit., pp. 194 y ss.

16 El artículo es una trasposición casi literal del artículo 4 de la Directiva 95/46/CE.

En cuanto a los buscadores, y en particular a Google, tanto la STJUE como el Abogado General entendieron que quedan sujetos a la legislación de un Estado cuando tienen en su territorio oficinas que colaboran de forma sustancial a la prestación del servicio, como pueden ser aquellas destinadas a vender espacios publicitarios. En el caso Costeja, Google argumentó que su servicio de buscador no está situado en España, y que por ello la legislación española no le resultaba de aplicación[17]. No obstante, ni el Tribunal ni el Abogado General Jääskinen aceptaron esa distinción entre gestor de búsqueda (Google Inc.) y gestor de publicidad (Google Spain), valorando la indisociable ligazón entre las actividades de ambas empresas[18]. Por lo tanto, cuando un buscador tenga su sede en España, o bien mantenga en nuestro país una oficina o sucursal con una actividad vinculada indisociablemente al buscador –como es el caso de Google Spain, que gestiona los espacios publicitarios en el motor de búsqueda-, quedará vinculado a la normativa nacional de protección de datos[19].

2. La responsabilidad del tratamiento

La segunda cuestión consiste en dilucidar quién tiene responsabilidad respecto del tratamiento de los datos. El artículo 3.d LOPD (2.d de la Directiva) define al responsable del fichero como la "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento". A tenor del artículo, cabe concluir sin mayores discusiones que el editor de la página web es responsable del tratamiento, toda vez que es quien publica el contenido. Lo que no resulta tan evidente es si el buscador de Internet realiza un tratamiento sujeto a la normativa.

A esta cuestión, se han ofrecido respuestas contradictorias. Por un lado, se ha sostenido que los buscadores son responsables del tratamiento de datos, en la medida en que su actividad se ajusta a la definición legal contenida en el mencionado artículo 3.d LOPD. Desde esta posición, se afirma que es evidente que el buscador localiza, indexa, almacena, organiza y presenta los datos, por lo que está decidiendo

17 Sobre la argumentación de Google para rechazar la aplicabilidad de la legislación española, véase: Rallo Lombarte, A.: *El derecho al olvido en Internet*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 137 y ss.

18 En este sentido, afirma el párrafo 57 STJUE: "Pues bien, toda vez que dicha presentación de resultados está acompañada, en la misma página, de la presentación de publicidad vinculada a los términos de búsqueda, es obligado declarar que el tratamiento de datos personales controvertido se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento del responsable del tratamiento en territorio de un Estado miembro (…)".

19 Boix Palop subraya con acierto que la normativa española podría ser de aplicación aun cuando Google no tuviera un establecimiento en España, atendiendo a la doctrina contenida el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Efectivamente, "el mero hecho de que una afección se produzca en territorio español (…) es a buen seguro suficiente (…) para que se reconozca jurisdicción a la instancia territorial donde sea más sentido el daño o efecto y desde donde sea más factible su reparación y la defensa de sus intereses jurídicos por parte del ciudadano afectado". Boix Palop, A.: "El equilibro entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el derecho al olvido y las libertades informativas tras la Sentencia Google", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, p. 9.

sobre la finalidad y uso del tratamiento y debe ser considerado responsable. Además, se esgrime, el tratamiento del buscador tiene unos efectos muy sustanciales en la difusión de la información, efectos de los que resulta plenamente responsable[20]. Mientras que sin la mediación de un buscador un contenido en la Red tiene una difusión ciertamente restringida, la actividad del buscador multiplica la visibilidad del contenido, asociándolo además al nombre del afectado en las búsquedas que se hagan en Internet. Con base a estos dos argumentos, se ha defendido la responsabilidad de los buscadores en el tratamiento de los datos. Esta es la posición asumida por la AEPD y por el STJUE en el caso Costeja[21].

Otras voces, sin embargo, han cuestionado la responsabilidad del buscador en el tratamiento. Si bien desde estas tribunas se reconoce que hay un tratamiento, se afirma que no es lo mismo realizar un tratamiento que ser responsable del mismo[22]. Los argumentos que se esgrimen desde estas posiciones son los siguientes: el buscador no trata los datos personales como tales, sino como información contenida en Internet; el buscador no tiene poder editorial sobre los contenidos, simplemente facilita su búsqueda; imponer al buscador la responsabilidad sobre los datos que "canaliza" resultaría desproporcionado, toda vez que sus sistemas de tratamiento de datos es ciego; entender que el buscador es responsable el tratamiento llevaría a conclusiones desproporcionadas y absurdas, como por ejemplo la de deducir que todos los buscadores actúan en la ilegalidad, en la medida en que no ha solicitado permiso para indexar datos personales. La idea latente en todos estos argumentos es la misma: el buscador es un mero intermediario en la Red, una herramienta para localizar información sin capacidad decisoria sobre la misma[23]. En la medida en que el buscador actúa como un mero intermediario, carece de medios para modificar la información, y no decide sobre los datos, no debe imponérsele la responsabilidad

20 Rallo Lombarte, A.: "El derecho al olvido y su protección a partir de la protección de datos", *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 85, 2010, pp. 106 y ss.

21 El párrafo 80 de la STJUE resulta elocuente en este sentido: el tratamiento de datos personales que efectúa un motor de búsqueda "puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo".

22 Como resume Rallo Lombarte, "la neutralidad del servicio de búsqueda constituye, sin duda, uno de los principales asideros sobre los que Google argumenta su falta de responsabilidad sobre el tratamiento de datos que implica la actividad del buscador. Por el contrario, la capacidad del webmaster de decidir sobre la indexación de los contenidos de su web le convertiría en responsable directo y, en consecuencia, debería garantizar el cumplimiento de la normativa de protección de datos". Rallo Lombarte, A.: *El derecho al olvido*, cit., p. 140.

23 Estos argumentos fueron esgrimidos por el propio TJUE en su STJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 Google France c. Louis Vuitton), donde se señala que para gozar de la exclusión de responsabilidad reconocida en la Directiva 2000/31/CE la actividad del prestador de servicios de la información debe tener una naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador "no tenga conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada" (párrafo 113).

sobre los mismos. Esta opinión fue la mantenida por el Abogado General en sus conclusiones sobre el caso Costeja, y ha sido sostenida desde muy solventes sectores doctrinales[24].

3. ¿Existe un interés legítimo en el tratamiento?

La tercera cuestión a la que se hacía referencia es la de si existe justificación al tratamiento de datos sin consentimiento del afectado. En este sentido, el artículo 6.2º LOPD incluye diversos supuestos en los que puede prescindirse del consentimiento del afectado. Entre los mismos, se señala que no será preciso el consentimiento cuando "los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos".

Pues bien: ¿qué intereses legítimos pueden existir para justificar el tratamiento de los datos por el editor o un tercero? El editor podrá alegar su derecho a la información, en la dimensión activa. Si la información es veraz, el editor estará protegido por el derecho a la información. Además, dependiendo del interés público de la información, la protección será mayor o menor. Por su parte, el internauta podrá esgrimir el mismo derecho, si bien en su dimensión pasiva. Finalmente, el buscador podrá alegar tanto su derecho a la libertad de empresa (art. 38), como, a nuestro entender, el propio derecho a la información. Y ello porque entendemos que el buscador –aunque realice una actividad comercial- sirve de forma trascendental al derecho a la información, ordenando el contenido de Internet y permitiendo a los internautas acceder a todo tipo de fuentes[25]. En efecto, el interés económico no excluye la aplicabilidad de las libertades informativas, como ya tiene dicho tanto la jurisprudencia europea como la nacional sobre la comunicación publicitaria, sin ir más lejos[26]. No es esta la posición de la AEPD ni del TJUE, que entienden que el buscador no puede ser protegido por los derechos comunicativos, sino tan solo por el derecho a la libertad de empresa, que goza de menos garantías que aquellos.

Sea de ello lo que fuere, frente a este catálogo de intereses legítimos, se alza el derecho a la protección de datos del afectado. Este conflicto de derechos debe solventarse por la vía de la ponderación, valorando cuál de ellos debe prevalecer. Los

24 Conclusiones del Abogado General, apartados 70 y ss. En el apartado 89 el Abogado General Jääskinen afirma: "A mi juicio, 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 las 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".

25 Para una argumentación más detenida sobre el particular, véase: Martínez Otero, J. M.: "El derecho al olvido en Internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja", *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, pp. 123 y ss.

26 Como señaló el TEDH en su STEDH Casado Coca c. España de 24 de febrero de 1994, la distinción sobre la naturaleza –lucrativa o no– del fin perseguido por la comunicación no resulta relevante de cara a su subsunción dentro del ámbito de los derechos comunicativos.

criterios señalados por el TJUE para llevar a cabo la ponderación son la veracidad y el interés público, como no podía ser de otro modo.

En efecto, ante la solicitud de retirada de un contenido o un enlace, el editor o el buscador deberán valorar si dicha información es veraz y tiene interés público. Si la respuesta es positiva, no tienen obligación de retirar el contenido, aunque el mismo pueda resultar perjudicial o molesto para el afectado. Por el contrario, si el paso del tiempo ha convertido dicho contenido en no veraz, o ha hecho menguar su interés público, deberán aceptar la solicitud de borrado.

Según la STJUE, dicha obligación afecta fundamentalmente al buscador. Mientras que en muchas ocasiones el editor no tiene por qué retirar un contenido –por ejemplo, una hemeroteca de un diario perdería su razón de ser si borrase noticias-, el buscador sí debe hacerlo, por dos motivos. El primero, su tarea no está amparada por un derecho fundamental (derecho a la información), sino solo por un derecho constitucional (libertad de empresa). Y el segundo, porque su función de difusión es la que fundamentalmente genera el perjuicio al afectado, al multiplicar la visibilidad del contenido. De este modo, se ha admitido que el editor en ocasiones mantenga el contenido, pero se restringe enormemente su difusión, al evitar que los buscadores indexen el mismo[27].

Desde otras posiciones, se ha hecho una aproximación inversa: el buscador carece de responsabilidad editorial, o tiene la misma pero junto con el derecho a la información. Por lo tanto, la responsabilidad sobre el contenido corresponde exclusivamente al editor, que deberá retirar el contenido, modificarlo, o adoptar las medidas necesarias existentes para que el mismo no sea indexado por un buscador, en caso de que dicho contenido carezca de interés público debido al paso del tiempo. Algunas de estas medidas han sido impuestas a los editores por jurisprudencia posterior, como analizaremos a continuación.

IV. PRIMEROS ECOS JURISPRUDENCIALES EN ESPAÑA

1. Primer grupo de sentencias de la Audiencia Nacional

Tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja, la Audiencia Nacional pronunció a finales de 2014 y durante 2015 numerosas sentencias sobre el derecho al olvido, en casos pendientes de la resolución de las cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE. Los procesos consistían en su mayoría en recursos planteados por Google Spain frente a resoluciones de la AEPD, que le obligaban a

27 En este sentido, señala la SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5129), F.J. 12º: "Con carácter general y como reflexión previa al concreto juicio de ponderación de los derechos e intereses en conflicto que haremos más adelante, debe ponerse de manifiesto que la libertad de información, en principio, se encuentra satisfecha por su subsistencia en la fuente, es decir, en el sitio web donde se pública la información por el editor."

borrar enlaces de las páginas de resultados para proteger el derecho a la protección de datos de los usuarios. En la mayoría de las sentencias, la Audiencia Nacional desestima los recursos de Google Spain y respalda las resoluciones de la AEPD que reconocen el derecho al olvido de los particulares y responsabilizan a Google Spain del borrado de los mismos[28].

En cualquier caso, no todas las sentencias de la Audiencia Nacional resultaron desestimatorias de los recursos de Google Spain. Por ejemplo, las SSAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5211), 30 diciembre 2015 (RAJ 2014, 5241), 3 febrero 2015 (RAJ 2015, 342/2015) y 19 febrero 2015 (RAJ 2015, 649), deniegan el derecho al olvido debido a que el particular no aportó evidencias suficientes sobre los enlaces o páginas web presuntamente perjudiciales. En estos casos, la argumentación de la Audiencia Nacional es la siguiente: quien ejercita el derecho de oposición al tratamiento debe aportar la información necesaria para que "tanto el responsable del tratamiento como la propia AEPD cuente con los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de ponderación (…). La reclamante basa el derecho de cancelación de sus datos personales en que en dos noticias recogidas en el diario ABC, aparecen datos personales suyos. Pues bien, dichos datos suministrados por la interesada resultan insuficientes para determinar la naturaleza de la información y su carácter sensible para la vida privada de la afectada, (…) siendo imposible con el contenido de la información que consta en las actuaciones realizar la ponderación de intereses en conflicto tanto por el responsable del tratamiento como por la propia Agencia (…)"[29]. Así, de estas sentencias se desprende que quien pretende la desindexación de un determinado contenido deberá argumentar por qué el contenido de las páginas enlazadas resulta extemporáneo y carente de interés público, a fin de que el buscador y la AEPD puedan valorar la pertinencia del borrado. ***Sensu contrario***, meras exigencias de retirada de enlaces, carentes de una argumentación que las respalde y justifique, no deben ser atendidas.

Por su parte, las SSAN 29 diciembre 2014, 10 febrero 2015 y 5 febrero 2015, fallan parcialmente a favor de Google Spain reconociendo que su obligación se limita a retirar los resultados de las búsquedas asociadas al nombre del afectado, y no a otros términos de búsqueda[30]. En dichos casos, de una lectura estricta de las resoluciones de la AEPD recurridas podría derivarse una interpretación maximalista de la obligación de retirar los enlaces a páginas con información personal del afectado, extendiéndola a los enlaces asociados a cualesquiera términos de búsqueda. En este sentido, la AN especifica lo siguiente: "Asiste la razón a la parte demandante cuando afirma que la satisfacción del derecho de oposición del afectado por el

28 A título ejemplificativo, pueden consultarse las siguientes SSAN: 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5214), 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5129), 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5247), 5 febrero 2015 (RAJ 2015, 641), 11 junio 2015 (RAJ 2015, 2487), o 16 junio 2015 (RAJ 2015, 2980).

29 SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5211), FJ. 9º

30 SSAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5252), 10 febrero 2015 (RAJ 2015, 483) y 5 febrero 2015 (RAJ 2015, 523).

tratamiento de datos tan solo puede conllevar que la autoridad de control ordene la eliminación de la lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, de vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona. (…) Por ello, la obligación impuesta por la resolución recurrida a Google Spain, S.L. debe interpretarse en el sentido de que debe adoptar las medidas necesarias para retirar o eliminar de la lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del reclamante, los vínculos a las páginas web objeto de reclamación"[31].

Un último caso que se trae a colación es el resuelto mediante la SAN 5 junio 2015[32]. En este caso, el demandante es un particular que ha visto rechazada su solicitud de derecho al olvido tanto por Google como por la AEPD. Su recurso ante la Audiencia Nacional es igualmente rechazado. Se trata de un abogado implicado en la trama de corrupción Gürtel, que pretende la eliminación de ciertos enlaces que hacen alusión a noticias publicadas por diversos medios de comunicación, en las que se encuentran los datos personales del reclamante como imputado en la mencionada trama. En la medida en que dicho abogado ha ocupado cargos de responsabilidad pública, y en que está siendo procesado por su presunta colaboración con la trama corrupta, tanto la Google, como la AEPD y la AN entienden que existe un interés público en acceder a dichas noticias, derecho que prevalece sobre la protección de sus datos personales. El núcleo de la argumentación de la Audiencia se contiene en el Fundamente Jurídico 10º de la Sentencia, que reproducimos por su interés: "en el presente caso nos encontramos ante la implicación del reclamante en unos hechos que continúan teniendo una notable relevancia pública, pues se trata de una red corrupción, que operaba principalmente en las Comunidades de Madrid y Valencia. El actor se encuentra actualmente imputado en dicha trama en la causa que se sigue en el Jugado Central de Instrucción nº. 5, por lo que, si bien han transcurrido unos años desde las noticias, la relevancia de los hechos en cuestión hace que no pierdan relevancia pública actual, no siendo atendible que las informaciones sobre su persona sean obsoletas. (…). Además de lo expuesto, tenemos que añadir que, el actor es Abogado y actualmente preside la Asociación Nacional de Abogados Matrimonialistas, habiendo tenido un papel público en el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, y, precisamente por su actuación pública se encuentra encausado. Es decir, el recurrente no solamente tiene actualmente un papel en la vida pública relevante, sino también cuando los hechos a los que hacen referencia las informaciones, ***caso Gürtel***, por lo que la ciudadanía tiene un interés real de conocer dicha información. Así las cosas, la injerencia en los derechos fundamentales del interesado se encuentra justificada por el interés preponderante de los internautas en tener acceso a la información en una búsqueda que verse sobre el nombre del actor, teniendo la ciudadanía un interés real de conocer dicha información".

31 SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5252), FJ. 13º

32 SAN 5 junio 2015 (RAJ 2015, 2486).

2. La disparidad de criterios respecto de la legitimación pasiva en las jurisprudencias civil y administrativa

Tras las sentencias de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo recibió numerosos recursos de Google Spain, alegando su falta de legitimación pasiva en el proceso. En este sentido, es interesante subrayar que las interpretaciones de las Salas Primera y Tercera han sido discrepantes[33].

La Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, ha recibido la mayoría de los recursos, y ha entendido repetidamente que Google Spain carece legitimación pasiva en el proceso, con lo que ha revocado numerosas resoluciones de la AEPD y Sentencias de la Audiencia Nacional[34]. En efecto, entiende la Sala Tercera que Google Spain no es responsable del tratamiento de datos del motor de búsqueda, responsabilidad exclusiva de Google Inc. Aunque la existencia de Google Spain como empresa que gestiona la publicidad de Google en España es relevante a la hora de determinar el alcance material de la normativa europea y española, ello no la convierte en responsable del tratamiento de los datos, ni por ende en responsable del borrado[35]. Responsable del tratamiento, conforme a la normativa europea y española, es quien decide sobre los fines y medios del tratamiento, que en el caso del buscador de Google es la empresa Google Inc. Por su parte, Google Spain se limita a promocionar espacios publicitarios en el buscador, pero no tiene poder alguno de decisión sobre los datos, con lo que ha de ser excluida como responsable del tratamiento, y por ende, como legitimada pasiva en un procedimiento administrativo o proceso judicial que requiera la cancelación de los datos. Conforme a esta interpretación jurisprudencial, las personas que quieran reclamar su derecho al olvido digital deberán solicitarlo a Google Inc., y denunciar a dicha empresa americana en caso de no ser atendidos adecuadamente. Eso sí, con la posibilidad de hacerlo conforme a la normativa española y europea. A continuación se reproducen algunas frases de la STS 15 marzo 2016, que resultan ilustrativas al respecto: es cierto que "los preceptos antes referidos de la Directiva 95/46/CE y la LOPD contemplan la posibilidad de corresponsabilidad en el tratamiento de los datos, cuando emplean los términos solo o conjuntamente con otros, pero no lo es menos que ello supone una coparticipación en la determinación de los fines y medios del tratamiento, que es lo que caracteriza la condición de responsable, no cualquier otro auxilio o colaboración con el mismo que no tenga tal naturaleza,

33 Por el momento, la interpretación de la Sala Tercera ha sido reiterada en numerosas sentencias, mientras que la Sala Primera sólo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular en una ocasión.

34 Entre muchas sentencias, valga citar a título ejemplificativo las siguientes: SSTS 11 julio 2016 (RAJ 2016, 3347); 21 julio 2016 (RAJ 2016, 3725); o 15 marzo 2016 (RAJ 2016, 1103).

35 El Fundamento Jurídico 7º de la STS 15 marzo 2016 (RAJ 2016, 1103), señala al respecto: "la consideración de Google Spain, S.L., como establecimiento en España de Google Inc. lo es a los efectos de atraer la aplicación de la normativa europea y, por derivación, la española de protección de datos personales al tratamiento gestionado por la segunda a través de su motor de búsqueda Google Search, no obstante tratarse de una empresa ubicada fuera de la Unión Europea".

como puede ser el caso aquí contemplado de promoción de productos o servicios publicitarios en beneficio del responsable, promoción ajena a la determinación de los fines y medios del tratamiento, en otras palabras, es la sociedad que gestiona el motor de búsqueda la que asume la responsabilidad del tratamiento de datos, con las obligaciones que de ello se deriva en orden al efectivo cumplimiento de la normativa tanto europea como nacional reguladoras del tratamiento de datos personales, sin que esa responsabilidad pueda trasladarse también al sujeto que, sin intervenir en esa gestión del motor de búsqueda, realiza otras actividades conexas o vinculadas, en este caso las ya señaladas de promoción publicitaria como soporte económico del motor de búsqueda"[36].

La línea jurisprudencial marcada por la Sala Tercera en relación con la falta de legitimidad pasiva de Google Spain en los procedimientos de cancelación de datos ha propiciado que la AEPD comience a dirigir sus procedimientos exclusivamente contra Google Inc., sin incluir a Google Spain como corresponsable del tratamiento y del borrado de los enlaces, como venía haciendo hasta hace bien poco[37].

No ha sido este el razonamiento de la Sala Primera del TS, de lo Civil. En efecto, en el único proceso de protección de derechos fundamentales en relación con el derecho al olvido que hasta el momento ha conocido, la Sala Primera ha entendido que Google Spain sí resulta responsable del tratamiento[38]. Mientras que la Sala Tercera viene aplicando un concepto estricto de responsabilidad, la Sala Civil ha asumido un concepto amplio, a fin de facilitar la protección eficaz y completa de los derechos fundamentales afectados. Y ello porque entiende la Sala que asumir un concepto estricto supondría una dificultad añadida para los afectados, que se verían abocados a litigar con la empresa norteamericana, con los elevados gastos y dilaciones que ello implicaría. Estas son las palabras de la Sentencia: "En definitiva, de aceptar la tesis de la recurrente y circunscribir la legitimación pasiva a la compañía norteamericana Google Inc., se daría el contrasentido de que estaríamos otorgando a la normativa sobre tratamiento de datos personales una finalidad teórica de protección muy elevada de los derechos de la personalidad de los afectados por el tratamiento, y emplearíamos unos criterios muy amplios para fijar su ámbito territorial de aplicación, que permitiera incluir en él la actividad de motores de búsqueda con establecimiento en un Estado miembro, pero estaríamos abocando a los interesados a unos procesos que dificultan, haciendo casi imposible en la práctica, dicha protección, pues habrían de interponerse contra una empresa radicada en los

36 STS 15 marzo 2016 (RAJ 2016, 1103), F.J. 6°

37 Este cambio puede constatarse en las resoluciones más recientes de la AEPD, como las Resoluciones 1566/2016, de 30 de junio; 1682/2016, de 22 de julio; o 2128/2016, de 1 de septiembre. Resoluciones anteriores del mismo año 2016, previas a las mencionadas sentencias del TS, todavía incluían como corresponsable a Google Spain. Tal es el caso de las Resoluciones 24/2016, de 18 de enero, 31/2016, de 15 de enero, o 41/2016, de 20 de enero.

38 STS 5 abril 2016 (RAJ 2016, 1280), relativa a los datos personales vinculados con la concesión de un indulto.

Estados Unidos (o en otro Estado con el que el nivel de cooperación judicial fuera aún menor), con los elevados gastos y dilaciones que ello trae consigo"[39].

Si bien la disparidad de criterios entre las Salas del Tribunal Supremo no constituye un problema jurídico –y puede considerarse relativamente normal en el momento temprano de desarrollo derecho al olvido en el que nos encontramos-, lo cierto es que la misma desorienta a los interesados, y no contribuye a configurar el derecho al olvido de una forma clara. En este sentido, entendemos oportuno que ambas Salas apliquen un concepto homogéneo de "responsable del tratamiento", ya fuera el estricto o el amplio, a fin de incrementar la seguridad jurídica de todos los interesados en estos procesos, tanto los particulares que pretenden el borrado de los enlaces como las empresas Google Inc. y Google Spain.

3. Responsabilidad de los editores

La STS 15 octubre 2015 resulta interesante, ya que en lugar de abordar la responsabilidad de un buscador de Internet se ocupa principalmente del papel del editor, en este caso la empresa informativa Ediciones El País[40]. Mientras que el caso Costeja el TJUE señaló que el Diario La Vanguardia no tenía obligación alguna respecto al derecho al olvido, y que la salvaguarda de este derecho correspondía a Google, la STS 15 octubre 2015 extiende la responsabilidad del tratamiento al editor en Internet, exigiéndole la adopción de medidas concretas para preservar el derecho a la protección de datos de terceras personas.

En el presente caso, el contenido discutido consistía en una noticia archivada en la hemeroteca digital del Diario El País, referida a la detención policial de los interesados en 1985 por delitos de tráfico de drogas. Mientras el diario esgrimía que la noticia indexada era veraz, los interesados entendían que la visibilidad de la noticia era excesiva y desproporcionadamente perjudicial, por lo que requerían al diario una serie de medidas orientadas a minimizar la accesibilidad de sus datos en relación con la citada noticia. En concreto, los interesados solicitaban: la adopción de medidas para impedir la indexación de la noticia por los buscadores en Internet (tales como protocolos de exclusión como *robot.txt,* o de códigos como *noindex* o *noarchive*); la modificación de las noticas de la hemeroteca, de modo que en las noticias no aparecieran sus nombres ni sus iniciales; y la adopción de medidas técnicas para evitar que la información pudiera ser indexada por el propio buscador interno de www.elpais.com.

Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que la primera de las medidas propuestas es adecuada y pertinente. Estas son sus palabras: "Aunque la STJUE del

39 STS 5 abril 2016 (RAJ 2016, 1280), FJ. 3.12°

40 STS 15 octubre 2015 (RAJ 2015, 4132), FJ. 5°

caso Google analizó la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en Internet (tales como Google, Yahoo, Bing, etc.) (…) ello no significa que los editores de las páginas web no tengan la condición de responsables del tratamiento de esos datos personales, con los consiguientes deberes de respetar el principio de calidad de datos y atender el ejercicio de los derechos que la normativa de protección de datos otorga a los afectados, y la responsabilidad derivada de no respetar estas exigencias legales. Los editores de páginas web tienen la posibilidad de indicar a los motores de búsqueda en Internet que desean que una información determinada, publicada en su sitio, sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de los motores, mediante el uso de protocolos de exclusión como *robot.txt* , o de códigos como *noindex* o *noarchive*"[41].

Por el contrario, el TS excluye por desproporcionadas la adopción de las otras dos medidas solicitadas por los interesados[42]. En efecto, el editor no tiene obligación de modificar las noticias en la página web para eliminar los nombres, ni debe excluir dichas noticias de su buscador de noticias interno. Dichas restricciones, entiende el Alto Tribunal, supondrían una limitación excesiva del derecho a la información. En efecto, como señala la sentencia, el derecho al olvido digital no puede erigirse en una suerte de censura retrospectiva que permita modificar incluso las hemerotecas digitales, que son un medio privilegiado para investigar información. Así, la utilización de medidas técnicas para evitar la indexación por parte de los buscadores generalistas de Internet resulta el medio más proporcionado para preservar el equilibrio entre la protección de datos personales del afectado, y el derecho a la información del editor y los internautas.

V. LA RESPUESTA DE GOOGLE

Tras la STJUE en el caso Costeja, los principales buscadores de Internet han adoptado distintas estrategias para cumplir con las nuevas exigencias jurídicas derivadas de la sentencia. Para concluir las presentes páginas, resulta interesante analizar brevemente la respuesta que Google, el buscador más extendido en nuestro país, ha ensayado para adaptarse al nuevo marco jurídico vigente, garantizando el derecho al olvido de los ciudadanos europeos.

Lo primero que hizo el buscador fue crear un comité de expertos, con el fin de reflexionar sobre el derecho al olvido en Internet, y proponer medidas concretas para hacerlo efectivo en el marco de las actividades de Google. Entre los miembros del comité se encuentran Eric Schmidt, ex presidente de Google, Jimmy Wales,

41 STS 15 octubre 2015 (RAJ 2015, 4132), F.J. 5°

42 STS 15 octubre 2015 (RAJ 2015, 4132), F.J. 6°

director de Wikipedia, y José Luis Piñar, catedrático de Derecho Administrativo y ex director de la AEPD.

A las pocas semanas de la sentencia, Google estableció un procedimiento de retirada de los enlaces, que ha ido refinando paulatinamente. Actualmente, la solicitud de retirada puede hacerse a través de una página web titulada "Solicitud de retirada de resultados de búsqueda en virtud de la normativa de protección de datos europea" [43]. En la misma, el interesado debe indicar su nombre, los enlaces que quiere que se retiren de la lista de resultados asociados a su nombre, y una explicación de por qué considera que los resultados son irrelevantes, obsoletos o inadecuados.

Con esa información, el buscador norteamericano valorará si el enlace y el contenido siguen siendo relevantes –en función de su veracidad y su interés público-, y procederá a eliminar el enlace si considera que el mismo carece de relevancia. Así lo explica el propio buscador en su portal web: "Al evaluar tu solicitud, tendremos en cuenta si los resultados incluyen información obsoleta sobre tu vida privada, así como si existe un interés público en lo que respecta a la información que permanece en los resultados de búsqueda de Google (por ejemplo, si está relacionada con estafas financieras, con negligencia profesional, con condenas penales o con tu conducta como funcionario público, tanto electo como designado). Se trata de decisiones difíciles y, como organización privada, es posible que no nos encontremos en una posición adecuada para decidir sobre tu caso" [44].

Entre la información que ofrece Google a los interesados en solicitar el derecho al olvido se incluye un listado de ejemplos de solicitud, con el fin de ilustrar qué solicitudes son admitidas y cuáles no. Sin ánimo de alargarnos excesivamente en este punto, valga reproducir algunos de los ejemplos.

1. Un activista político que fue apuñalado en una protesta nos pidió que retirásemos un enlace a un artículo relacionado con el suceso. Hemos retirado la página de los resultados de búsqueda correspondientes al nombre de la víctima.

2. Una persona condenada por un delito grave en los últimos cinco años pero a la que se le revocó la condena nos pidió que retirásemos un artículo sobre el incidente. Hemos retirado la página de los resultados de búsqueda correspondientes a su nombre.

43 La explicación del procedimiento de retirada puede consultarse en: Privacidad y Condiciones, Preguntas Frecuentes (https://www.google.es/intl/es/policies/faq/). Por su parte, la Solicitud de retirada está disponible en: https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=es (última visita: 1.09.2016). Otros motores de búsqueda con menor implantación en nuestro país también han adoptado medidas concretas para cumplir con la resolución. Es el caso del buscador Bing, de Microsoft, que en el siguiente enlace ofrece un formulario para solicitar la retirada de resultados de búsquedas: https://www.bing.com/webmaster/tools/eu-privacy-request (última visita: 01.09.2016).

44 Privacidad y Condiciones, Preguntas frecuentes. Google. Disponible en: https://www.google.es/intl/es/policies/faq/ (última visita: 01.02.2015).

3. Un funcionario de alto rango nos pidió que retirásemos los artículos recientes en los que se habla de una condena penal de hace décadas. No hemos retirado los artículos de los resultados de búsqueda.

4. Un conocido empresario nos pidió que retirásemos los artículos sobre una demanda presentada contra un periódico. No hemos retirado los artículos de los resultados de búsqueda.

Una última cuestión que cabe subrayar en relación con el procedimiento de solicitud es que la retirada de los enlaces no se hace de forma general respecto de cualquier búsqueda, sino tan sólo de la lista de resultados asociados a un nombre propio[45].Y ello porque se entiende que es en el marco de las búsquedas nominativas donde el enlace al contenido obsoleto o irrelevante puede causar un mayor perjuicio al afectado.

Según las últimas informaciones oficiales, Google ha recibido un total de 546.460 solicitudes de retirada, referidas a 1.662.415 URLs, de las cuales ha retirado el 43,1%. Por lo que se refiere a España, Google ha recibido 46.439 solicitudes, referidas a 141.257 URLs, de las que ha retirado el 38,3%[46].

Aunque los documentos emitidos por Google no dicen nada al respecto, resulta imprescindible que Google –y por extensión, el resto de buscadores- tramite las solicitudes de retirada con cierta discreción, a fin de evitar el conocido como efecto Streisand, consistente en dar mayor publicidad a una determinada información al pretender acallarla[47]. Este efecto podría producirse igualmente si el buscador, como se ha aventurado que puede hacer, ofreciera los resultados de las búsquedas con la expresa indicación de que algunos contenidos han sido desindexados[48].

VI. CONCLUSIONES

La STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja ha sentado las bases para el desarrollo legal y jurisprudencial del derecho al olvido, como manifestación del derecho de oposición y cancelación de datos personales en Internet, tanto frente a los buscadores de Internet, como –en menor medida- frente a los propios editores.

45 Esta interpretación, fruto de una lectura "restrictiva" de la STJUE, ha sido respaldada por la Audiencia Nacional en la temprana SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5252), F.J. 13º.

46 Datos recogidos del Informe de transparencia de Google, disponible en: https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=es (última visita: 1.09.2016).

47 Touriño, A.: *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, Catarata, Madrid, 2014, p. 140.

48 Cotino Hueso, L.: "La STJUE del caso Google vs AGPD de 2014. Algunos olvidos y otras tendencias negativas respecto de las libertades informativas en Internet", Valencia, 2014, p. 10. Documento online. Disponible en: http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2014/google/ponenciacotino.pdf (última visita: 01.06.2015)

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desbloqueó numerosos procedimientos jurídicos en toda Europa, que generalmente se resolvieron a favor de los ciudadanos que pretendían el borrado de enlaces a páginas con sus datos. Junto con ello, la sentencia del caso Costeja produjo un aluvión de solicitudes de borrado de datos, que los principales buscadores de Internet –particularmente Google- están procurando tramitar satisfactoriamente, aplicando los criterios sentados por el TJUE.

En nuestro país, la Audiencia Nacional ha resuelto decenas de asuntos en los dos últimos años, referidos normalmente a enlaces en los buscadores de Internet. En la gran mayoría de los casos, la Audiencia ha respaldado las resoluciones de la AEPD, solicitando a Google Spain el borrado de los enlaces. En otras, no se ha reconocido el derecho al olvido por diferentes motivos: por carecer las solicitudes de borrado de la información necesaria para ponderar los derechos en conflicto; por entenderse que los contenidos enlazados todavía mantenían interés público; o por la excesiva pretensión de borrado de los enlaces para cualquier búsqueda, y no tan solo en las búsquedas asociadas al nombre del interesado.

Varias de estas resoluciones han sido recurridas ante el Tribunal Supremo, cuya Sala Tercera ha estimado los recursos de Google Spain, reconociendo que esta persona jurídica carece de legitimidad pasiva en los procedimientos. En efecto, la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo ha entendido que Google Spain no es responsable del tratamiento de los datos –responsabilidad exclusiva de Google Inc.-, por lo que no puede ser considerada responsable de la cancelación de los datos. Que su tarea de promoción publicitaria de los servicios de Google en España sea relevante a fin de extender la aplicabilidad de la normativa española de protección de datos al motor de búsqueda americano, no supone *ipso facto* que Google Spain sea responsable del tratamiento. Por ello, los procedimientos administrativos contra Google deberán dirigirse contra Google Inc., y no contra Google Spain. Como hemos visto, no es esta la conclusión a la que ha llegado la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en un procedimiento de defensa de derechos fundamentales ha entendido que Google Spain sí es responsable del tratamiento y tiene legitimidad pasiva en los procedimientos civiles. Habrá que ver si en el futuro ambas Salas mantienen su línea interpretativa, o se produce una confluencia de criterios, que a nuestro entender sería deseable a fin de garantizar la seguridad jurídica.

Por último, hemos analizado la forma en la que Google está procurando satisfacer las exigencias legales derivadas de la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja. A pesar de las dificultades que supone tramitar tan elevado número de solicitudes, la respuesta del gigante americano hasta el momento ha sido rápida y loable.

BIBLIOGRAFÍA

AZURMENDI, A.: "Por un derecho al olvido para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015, pp. 273-310.

BOIX PALOP, A.: "El equilibro entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el derecho al olvido y las libertades informativas tras la Sentencia Google", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015, pp. 1-40.

COTINO HUESO, L.: "La STJUE del caso Google vs AGPD de 2014. Algunos *olvidos* y otras tendencias negativas respecto de las libertades informativas en Internet", Valencia, 2014. Documento *online:* http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2014/google/ponenciacotino.pdf (última visita: 01.06.2015)

MARTÍNEZ OTERO, J. M.: "El derecho al olvido en Internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja", *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, pp. 103-142.

RALLO LOMBARTE, A.: "El derecho al olvido y su protección a partir de la protección de datos", *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 85, 2010, pp. 104-108.

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

SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DE TERWANGNE, C.: "Privacidad en Internet y derecho a ser olvidado / derecho al olvido", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, pp. 53-66.

TOURIÑO, A.: *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, Catarata, Madrid, 2014.