

**LA PROTECCION DE LA INTIMIDAD/PRIVACIDAD
A TRAVES DEL DERECHO AL OLVIDO
Análisis la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia**

José Maria Lezcano
GECSI – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata

Eje Temático Nro. 2: Derecho Informático y Nuevos Institutos

Palabras Clave:

Internet – Protección de Datos Personales – Buscadores – Proveedores de Servicios de Internet

Este artículo se distribuye bajo una Licencia Creative Commons by-sa Argentina 2.5

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/ar/>

Puede ser copiado, distribuido y modificado bajo la condición de reconocer al autor y mantener esta licencia para las obras derivadas.



Resumen:

En el trabajo se realiza un primer análisis del fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que establece alcances precisos del Derecho al Olvido en Internet, considerando algunas de las principales cuestiones que se exponen en el debate global sobre la responsabilidad del tratamiento de la información personal en Internet. Se mencionan aspectos del debate jurisprudencial en Argentina sobre el tema, así como las innovaciones tecnológicas de los proveedores de servicios de búsqueda a partir de la sentencia. Se concluye en un sentido abierto, con interrogantes a futuro sobre la forma de construcción jurídico-tecnológica del entorno digital.

1. Introducción

El 13 de mayo del 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó uno de los fallos más trascendentales de la historia de Internet. En un proceso iniciado por un particular ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) contra Google Spain y Google Inc. por determinada información personal a él referida, que ya no resultaba actual y lesionaba su reputación, este Tribunal determinó cuestiones fundamentales en la integración tecnologico-jurídica que problemática que plantea el contexto social de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TICs). El presente resulta un primer análisis de algunos de los aspectos particulares de la sentencia Sentencia en el asunto C-131/12 Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos,

Mario Costeja González¹.

En su resolución, el TJUE plantea 3 cuestiones para analizar y resolver el caso, cada una de ellas desagregadas en puntos de interés, de los que solo abordaré algunos en este trabajo:

- En primer lugar trata cuestiones que hacen a la aplicación espacial de la normativa cuando se refiere a “establecimiento” y el sentido de la expresión “recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro”. Sobre este punto no se profundizará en el presente trabajo, sino que sólo indico que al TJUE le resultó una interpretación adecuada para considerar integralmente aspectos tecnológicos frente a la territorialidad del marco normativo².

- La segunda gran cuestión del fallo fueron los aspectos que hacen a la actividad de los buscadores como proveedores de contenidos, conforme la Directiva 95/46/CE. En este sentido se pregunta si dicha actividad de búsqueda, conforme la descripción que se realiza³, puede ser considerada tratamiento de datos, de acuerdo al Art. 2.b de la Directiva 95/46/CE, y si la empresa que gestiona el buscador es responsable del tratamiento de los datos personales contenidos en las paginas web que indexa, de acuerdo al Art. 2.d de la Directiva. En caso de resultar afirmativas estas cuestiones, como efectivamente lo hace, analiza también la función que le compete a la AEPD, como autoridad de aplicación de la normativa específica en el derecho español.

- Finalmente, plantea el alcance del derecho de cancelación y oposición que surge de la Directiva (Arts. 12.b y 14. a), en relación con el derecho al olvido, considerando este derecho comprende que el interesado pueda dirigirse a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona, publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida a través de buscadores, cuando dicha información le perjudique o desea que sea olvidada.

En el presente trabajo me propongo explicar algunos aspectos de la sentencia mencionada, mediante los hechos, singularidad y normativas expuestos en el fallo, para buscar comprender alcances del reconocimiento del Derecho al Olvido en Internet. En ello se identifican los niveles de “tensión/integración” entre los factores tecnológicos y jurídicos, a partir de los antecedentes de la posición jurídica de Google y los desarrollos tecnológicos que propuso y pone en practica el ISP a partir del fallo.

Los actuales debates sobre la temática en nuestro país -y a nivel global-, que son mencionados en el presente, se ciernen mayormente en torno a la tensión de derechos fundamentales de libertad de expresión y derecho a la protección de datos personales, puestos de manifiestos argumentaciones fallos nacionales de distintas instancias y trabajos de doctrina.

En este marco, guío la ultima parte del presente análisis en la hipótesis que el ISP sostiene

¹ Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0131&lang1=es&type=TEXT&ancre=>

² Para ampliar, vease Apartado 20 del Fallo, en particular puntos a), b), c) y d).

³ Vease Apartado 28 del Fallo

fundamentos jurídicos y tecnológicos motivados por intereses económicos, que cambiaron -al menos estos últimos-, desde el impacto que tuvo la sentencia del Tribunal.

Metodológicamente trabajo bajo criterios cualitativos en orden al análisis de documentos -sentencias, normas jurídicas y notas periodísticas-, interpretando hechos sociales que acontecen en el marco de la globalización en términos macrosociales.

2. Los hechos del caso

El caso que llegó hasta el TJUE tiene su principio, cuando hacia marzo del 2010, un ciudadano español inicia un reclamo ante la Agencia Española de Protección de Datos contra un periódico local de gran difusión y contra Google Spain y Google Inc., basado en que, cuando cualquier usuario de la red introducía su nombre en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico en cuestión (páginas con información de hace más de 10 años), en las que figuraba un anuncio sobre la subasta de inmuebles, relacionadas a un embargo por deudas del reclamante.

Concretamente, el reclamante solicitaba que, por un lado, se exigiese al periódico eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales, o utilizar las herramientas que brinde el motor de búsqueda para proteger tales datos. Por otro lado peticionaba que se exigiese a Google Spain o a Google Inc. Que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces del periódico en cuestión. El reclamante afirmaba que el embargo al que se refería la noticia estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años, con lo que actualmente no tendría relevancia alguna.

En Julio del mismo año, la AEPD rechazó el reclamo contra el periódico, entendiendo que la publicación estaba legítimamente justificada, pues fue autorizada por una autoridad del Estado⁴ y su objeto era dar la máxima publicidad a la subasta de aquel momento. Sin embargo, en relación a Google Spain y Google Inc. la AEPD dió curso al reclamo, considerando que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la legislación de protección de datos, puesto que llevan a cabo un tratamiento de datos del que son responsables y actúan como intermediarios de la Sociedad de la Información. Asimismo, legitimando su propia actuación -conforme la normativa-, consideró que estaba facultada para ordenar la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona, que entendida en un sentido amplio, incluye la voluntad del afectado de limitar el acceso de terceros a aquellos datos que no quiere que sean conocidos a través de este servicio que brinda el motor de búsqueda. Así, se estimó que el requerimiento puede dirigirse directamente a los explotadores de

⁴ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en tanto se trataba de deudas vinculadas a la Seguridad Social.

motores de búsqueda, sin suprimir los datos o la información de la página donde se encuentre alojada tales datos o información.

Esta resolución de la AEPD fue recurrida por Google Spain y Google Inc. ante la Audiencia Nacional, tribunal que remite la cuestión, elevándolo al Tribunal de Justicia, planteando como cuestión a resolver “... *cuales son las obligaciones que tienen los gestores de motores de búsqueda en la protección de datos personales de aquellos interesados que no desean que determinada información, publicada en páginas web de terceros, que contiene sus datos personales y permite relacionarles con la misma, sea localizada, indexada y sea puesta a disposición de los internautas de forma indefinida.*”, y considerando que ello debe interpretarse a partir de la Directiva 95/46.

3. El Derecho regional europeo y el Derecho nacional implicado

Logicamente, la sentencia se funda en el derecho de la Unión Europea, en pocas pero fundamentales cuerpos normativos que resultan suficientes para atender a la complejidad del conflicto en cuestión, a través de la simplicidad que ofrecen bases jurídicas y axiológicas consolidadas.

En este sentido, para la resolución del caso el TJUE se centró en dos cuerpos normativos: 1) la “Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de Octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre circulación de estos datos”, que en tanto normativa específica, aplica puntualmente para atender y resolver el caso; 2) y la “Carta De Los Derechos Fundamentales De La Unión Europea (2000/C 364/01)” del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en la que proclaman solemnemente los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, de acuerdo al Preámbulo de la misma, “contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa” y busca “reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”. Puntualmente, a partir de los artículos considerados en el fallo, trae en aplicación los artículos 7 y 8, que proclaman las Libertades (Cap. II): Respeto a la Vida Privada y Familiar⁵ (art. 7) y La Protección de Datos de Carácter Personal⁶ (ar. 8).

Desde una perspectiva nacional, corresponde indicar que tanto la normativa jurídica general y como la específica, así como los valores implicados no nos resultan ajenos ni extraños. En primer lugar, porque el respeto a la vida privada, la intimidad/privacidad entre otros, están contemplados en

⁵ Que expresa: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.”

⁶ Que expresa: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos 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 la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”

la misma Constitución Nacional, considerado desde Preámbulo mismo al “asegurar los beneficios de la libertad”, así como en los artículos en los artículos 18⁷ y 19⁸, pudiendo comprenderse también en una interpretación inclusiva de la protección integral de la familia del artículo 14 bis. Y por supuesto, los valores que totalizan el plexo constitucional a partir de la de la Reforma de 1994, se consolida, por un lado, en la incorporación de los Tratados Internacionales del Art. 75 inc. 22 sobre derechos humanos, en los cuales se reconoce y protege la intimidad/privacidad⁹; y por otro, la consagración se un instrumento específico de protección de la intimidad y privacidad en los Nuevos Derechos y Garantías de nuestra Carta Magna, al incorporar el artículo 43¹⁰ conocido como habeas data, que al nivel del amparo y el habeas corpus, se establece como una acción de toda persona para tomar conocimiento de los datos -y su finalidad- que referidos a ella, “consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos”. Por su parte, y en esta línea, sobre lo específico, la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales, que en gran parte, ha buscado brindar, al menos desde lo formal, un nivel de protección formal, similar al establecido en la Directiva 95/46.

4. Posiciones en el caso

En su posición, de Google expresa que la actividad de los motores de búsqueda no puede ser considerada tratamiento de datos, dado que estos tratan la información accesible en Internet globalmente sin seleccionar entre datos personales y el resto de la información. Incluso, en el caso que esta actividad sea calificada de “tratamiento de datos”, el gestor de un motor de búsqueda no puede considerarse “responsable” de ese tratamiento, ya que no conoce dichos datos y no ejerce control sobre ellos. Por su parte, el gobierno helénico plantea que la actividad controvertida constituye “tratamiento”, pero en la medida en que los motores sirven como simples intermediarios, por lo que las empresas que los gestionan no resultan responsables, salvo en los casos de almacenamiento en memoria cache.

La posición del reclamante, así como la del gobierno español, italiano, austriaco y polaco, así como la Comisión Europea, plantea que la actividad es un tratamiento de datos, distinto al tratamiento realizado por los editores de los sitios de internet y persigue objetivos diferentes. En

⁷ Al expresar que “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados...”

⁸ Al expresar que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.”

⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 17), la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (Artículo 11)

¹⁰ “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

tanto que el gestor del motor de búsqueda es responsable desde el momento en que es él quien determina la finalidad y los medios del tratamiento¹¹.

5. Antecedentes técnico-jurídicos y jurisprudenciales del fallo

Cuestiones de relevancia en la temática y conjunción de aspectos jurídico con los tecnológicos, vienen siendo analizadas, tratadas y definidas, a través de herramientas específicas, como reuniones periódicas de Autoridades de Nacionales de Protección de Datos Personales¹², así como reconocido “Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE” que en su Dictamen sobre cuestiones de protección de datos en relación con buscadores (00737/ES WP 148) de abril de 2008, define a “los buscadores” como servicios que ayudan a los usuarios a encontrar información en Internet. Define a los proveedores de servicios de búsqueda (ISP) como aquellos que siguen el modelo de negocios de buscadores dominante basado en la publicidad, y cuya rentabilidad se basa, en general, en la eficacia que tiene acompañar a los resultados de la búsqueda una publicidad determinada. Asimismo, este dictamen aporta definiciones técnico-jurídicas sobre los tipos de datos (ficheros históricos, direcciones IP, cookies, cookies en Flash), que integran un buen punto de referencia para considerar en la cuestión.

Asimismo, el TJUE ha tenido oportunidad de definir aspectos sustanciales en el contexto socio-tecnológico de la Sociedad de la Información como lo referido en particular en Internet, al declarar las conductas que se consideran un «tratamiento» en una página web, de datos personales (Caso Lindqvist C-101/01, EU:C:2003:596), así como que implica tratamiento en los supuestos que esta información se encuentre publicada (caso Satakunnan Markkinaporssi y Satamedia C-73/07, EU:C:2008:727). Ha considera que la interpretación de una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular el derecho a la intimidad, no puede ser restrictiva, donde no se puede aceptar que el tratamiento de datos personales llevado a cabo por el funcionamiento del motor de búsqueda, se sustraiga de las obligaciones y garantías de la Directiva 95/46/CE (Caso L’Oréal y otros, EU:C:2011:474) . En ese sentido, el fallo en análisis trae a consideración que Directiva 46/95/CE tiene por objeto garantizar un nivel elevado de protección de las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas, sobre todo de su vida privada, en relación con el tratamiento de datos personales, sobre todo de su vida privada (Caso IPI, EU:C:2013:715). Asimismo, considera que en el tratamiento de datos personales, cuando 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 (como en

¹¹ Apartados 22, 23 y 24 del fallo.

¹² Resulta pertinente hacer referencia a la 28a Conferencia Internacional de Autoridades de Privacidad y Protección de Datos, adoptó la Resolución relativa a la protección de datos y buscadores, Londres, 2 – 3 de noviembre de 2006

el caso el ISP de búsqueda), siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado, precisa de una ponderación de los derechos e intereses, en cuyo marco debe tenerse en cuenta la importancia de los derechos del interesado, que resulta del respeto a la vida privada y familiar y la protección de datos (sentencia ASNEF y FECEMD, EU:C:2011:777).

En tal inteligencia, dice el fallo que un tratamiento de datos personales como el caso en cuestión, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de 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. Ello toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta pueda obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona, disponible en Internet, y afectar 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-, permitiendo 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 (Caso eDate Advertising y otros, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685)

5. Situación de la jurisprudencia argentina

En nuestro país, los actuales debates sobre la temática de responsabilidad de los ISP de búsqueda, se ciernen mayormente en torno a la tensión de derechos fundamentales de libertad de expresión y derecho a la protección de datos personales, puestos de manifiesto argumentaciones fallos nacionales de distintas instancias y trabajos de doctrina.

Por su parte, y tal como se ha expuesto en otros aportes¹³, estos debates no son nuevos, pues las situaciones que jurisprudencia ha ido resolviendo en la historia jurídica argentina reproducen estos debates cuando aparecen nuevas tecnologías o nuevos usos y apropiaciones de dichas tecnologías. Sin embargo, tratándose de un *nuevo medio de información y comunicación* que

¹³ Vease del autor trabajos sobre el tema: Lezcano, José María. “La intimidad y privacidad en la sociedad actual. Una visión a través de una perspectiva socio-jurídica”, en Actas de XXIX Congreso de la Asociación Latinoamericana De Sociología - ALAS Chile, Septiembre, 2013; “Anotaciones sobre la Responsabilidad Civil en Entornos Digitales ‘El caso de los ISP de búsqueda’”. XVI Jornadas de Investigadores y Becarios, Facultad de Derecho, UNMDP, Septiembre, 2012; “Imagen Pixelada Sobre la Responsabilidad Civil en Entornos Digitales”. Simposio Argentino de Informática y Derecho - 40º JAIIO, Anales del SID 2011, ISSN: 1850-2814. Pp. 180 – 191. Disponible en <http://www.40jaiio.org.ar/node/99> “Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet”, en Revista Anales de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP”, Edición del Bicentenario, (ISSN 0075-7411) La Plata, 2010. “Observaciones del Conflicto entre Buscadores de Internet y Derechos Personalísimos”, XIII Jornadas de Investigadores y Becarios, Facultad de Derecho, UNMDP, Septiembre de 2009, Actas, pp.284-306; “Hacia la redefinición de la intimidad/privacidad en el marco jurídico del contexto socio-tecnológico contemporáneo” (en prensa), entre otros.

emerge de un complejo sistema social y tecnológico que aun se esta definiendo, se plantean importantes debates y reflexiones sobre las maneras de resolver los conflictos en este nuevo medio.

Y en los casos particulares que tienen cierta similitud con el caso del TJUE, se debaten, por un lado, aspectos que hacen a la tensión de derechos fundamentales de libertad de expresión versus intimidad/privacidad, vida privada, etc., y por el otro, los extremos que hacen a la responsabilidad civil objetiva y subjetiva. Ello se evidencia de una serie de pronunciamientos, que desde hace algunos años, la justicia argentina viene dictando, sea sobre medidas cautelares como en sentencias de primera instancia y algunas de Alzada, en los que las posiciones adoptadas respecto de la ponderación de los derechos en juego han sido pendulantes tanto en primera como en segunda instancia, aguardando el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que al tiempo de este trabajo, ha realizado una Audiencia Pública para escuchar opiniones y partes en el caso Rodriguez, Belen c/ Google Inc. s/ Daños y Perjuicios. Este pronunciamiento del supremo tribunal de Justicia argentino seguramente marcará criterio en los cientos de casos conocidos en la jerga como de “las modelos”, en los que, a diferencia del caso europeo, se han planteado aspectos que tienen que ver con la imagen (y el uso comercial de esta), además de aspectos de intimidad y privacidad de los interesados, al encontrar sus nombres e imágenes vinculados a sitios de oferta de sexo y pornografía.

En algunos pronunciamientos libraron de responsabilidades a los buscadores por considerar que las páginas “no contribuyen a la generación del daño ni como autores ni como editores del contenido. El buscador no es el creador de la información dañosa ni tampoco el administrador del sitio donde el mismo se aloja” (Caso Krum, P. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y Ot. s/ Daños y Perjuicios en primera instancia), o la situación particular de funcionarios en relación a los actos en ejercicio de sus funciones que despiertan interés en la sociedad, fundamentándose además en la ley 26.032 que protege de la garantía de libertad de expresión a la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas a través de Internet (Servini de Cubria, R. c Yahoo de Argentina SRL y Ot. S/ Medidas Cautelares).

Sin embargo, desde el año 2008, en algunos pronunciamientos judiciales sobre medidas cautelares se había señalado que no podía admitirse del incumplimiento de mandas judiciales de filtrado de sitios a aquellas empresas que “públicamente se jactan de su pleno dominio de la información y de la precisión y velocidad de sus búsquedas”, y que en una de sus habituales estrategias defensivas invocan “la imposibilidad técnica de cumplir las medidas dispuestas” por la Justicia, es decir, filtrar aquellos contenidos indicados como ofensivos (Caso Macedo, M. I. C/ Yahoo De Argentina SRL S/ Medidas Precautorias Cam. Nac. Civ. y Com. Federal Sala 1). También ha rechazando incluso, el planteo de los buscadores que suponía que fuese el propio damnificado quien tuviese “que estar permanentemente viendo todos los días si la vinculaban con sitios

pornográficos de internet”, considerando además que existe un perjuicio que se provoca por la vinculación sin autorización con sitios de internet que afectaran su reputación (Caso Crivocapich, P Priscila v. Google Inc. y otro s/ medidas cautelares).

En un detallado y exhaustivo análisis de doctrina y jurisprudencia comprometida, en el caso Krum, P. c/Yahoo de Argentina SRL y Ot. s/Daños y Perjuicios, la Alzada revocó la sentencia del aquo y sostuvo que la interesada no perseguía evitar una crítica, ni vedar la difusión de un pensamiento o una idea, ni silenciar algún tema relacionado con el interés público, sino que por el contrario, el objetivo es la defensa de valores particularmente protegidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional, e impedir la propagación de la actividad ilícita de quienes utilizan el nombre y/o imagen (datos personales en definitiva) para publicitar engañosamente sitios vinculados con el comercio sexual o la pornografía, poniendo en consideración la afección a la dignidad humana, la privacidad y las prácticas en Internet que vulneran derechos personalísimos.

6. La vinculación de “establecimiento” y el negocio de la publicidad

Al tratar la primera cuestión del fallo, referida a la aplicación de la normativa europea en relación a la interpretación de “establecimiento” en la Directiva, y la actividad del gestor, el TJUE indica que Google no solo facilita el acceso a contenidos alojados en las paginas que indexa, sino que también aprovecha esta actividad para incluir publicidad asociada a los patrones de búsqueda que utilizan los usuarios. Esta publicidad es contratada a cambio de un precio por el que las empresas que desean utilizar esta herramienta para ofrecer sus productos.

Así, dice el Tribunal, Google utiliza una filial (Google Spain) como agente promotor de ventas de los espacios publicitarios que se generan en el sitio www.google.com, puesto que si bien no está probado que Google Spain realice en España una actividad directamente vinculada al almacenamiento de información o de datos contenidos en los sitios de terceros, si realiza una actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, que constituye la parte esencial de la actividad comercial de Google. En este sentido, la actividad del gestor del motor de búsqueda y la de su establecimiento están indisociablemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen el medio para que el motor de búsqueda sea económicamente rentable y que éste motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar tales actividades.

Una de las claves de esta cuestión se encuentran en que el medio de Internet, ante la sobreabundancia de información -en toda calidad y forma de ser percibida-, genera un valor económico clave en base a entender cómo los internautas prestan atención al contenido de la web

7. El Derecho al Olvido y la resolución de la sentencia

En la tercera cuestión principal del caso del TJUE, respecto del alcance del derecho de

cancelación y/oposición en relación con el derecho al olvido se plantea si debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, regulados en el art. 12.b)¹⁴ y el de oposición, regulado en el art. 14.a)¹⁵ de la Directiva 95/46/CE comprenden que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona, publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarlo o desea que sea olvidada, aún cuando se trate de una información publicada lícitamente por terceros. Estos derechos de acceso, supresión, rectificación y oposición de la normativa europea, se corresponden, en primer lugar con la manda constitucional del artículo 43, y por su parte, en una consagración mucho menos específica y vaga, del artículo 6 de la ley 25.326 que indica que cuando se recaben datos personales se deberá informar a sus titulares la posibilidad del interesado a ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos, y el artículo 7 de la misma ley donde indica que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles, y que éstos sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizados por ley.

En esta cuestión central, se abre la posibilidad de permitir 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 perjudicarlo o que desee que estos datos e información se «olviden» tras un determinado lapso de tiempo.” Sobre este punto, el fallo plantea 2 posiciones claras:

- En la primera se incluyen los reclamados Google Spain y Google Inc., los gobiernos helénico, austriaco y polaco y la Comisión, que consideran que debe darse una respuesta negativa a esta cuestión, y que el derecho de acceso, rectificación, supresión, bloqueo u oposición, confieren derechos a los interesados únicamente a condición de que el tratamiento controvertido sea incompatible con la Directiva o por razones legítimas propias de su situación particular, y no por la mera razón de que consideren que este tratamiento puede perjudicarles o deseen que los datos objeto de ese tratamiento caigan en el olvido. Donde además, los gobiernos helénico y austriaco consideran que el interesado debe dirigirse al editor del sitio de Internet de que se trate.

b) la segunda -que prevalece en el fallo-, sustentada por el reclamante, y los gobiernos

¹⁴ Artículo 12: Derecho de acceso: Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento:... b) en su caso, 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;

¹⁵ Artículo 14: Derecho de oposición del interesado: Los Estados miembros garantizarán al interesado el derecho a: a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7 (principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos), 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

español e italiano son de la opinión de que el interesado puede oponerse a la indexación de sus datos personales por un motor de búsqueda cuando la difusión de estos datos por la intermediación de éste le perjudica y de que sus derechos fundamentales a la protección de dichos datos y de respeto a la vida privada, que engloban el «derecho al olvido», prevalecen sobre los intereses legítimos del gestor de dicho motor y el interés general en la libertad de información.

En relación con al derecho de rectificación, supresión o bloqueo, el TJUE recuerda que conforme el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE, en los que se consagran los principios relativos a la calidad de los datos, incumbe al responsable del tratamiento (el ISP de búsqueda) garantizar que los datos personales “sean tratados de manera leal y lícita”, recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines. Tales datos deben ser «adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente», que sean «exactos y, cuando sea necesario, actualizados», y, por último, que sean «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 este marco, el responsable debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a los requisitos sean suprimidos o rectificadas. Así, la “incompatibilidad puede resultar no sólo de que los datos sean inexactos, sino en particular, de que sean inadecuados, no pertinentes y excesivos en relación con los fines del tratamiento, de que no estén actualizados o de que se conserven durante un período superior al necesario, a menos que se imponga su conservación por fines históricos, estadísticos o científicos”.

Incluso, en un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando ya no sean necesarios para los fines con los que se recogieron o trataron. Éste es el caso, en particular, cuando son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido.

Así, se consagra que, en el supuesto de una solicitud del interesado en virtud del derecho a acceso, rectificación, supresión o bloqueo, que la inclusión en la lista de resultados obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, de vínculos a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, es incompatible con dicho artículo 6 de la Directiva, debido a que esta información, teniendo en cuenta del conjunto de las circunstancias que caracterizan el caso, es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda, la información y los vínculos de dicha lista de que se trate deben eliminarse.

El fallo considera que se tendrá que examinar si el interesado tiene derecho a que la información 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. Señala que la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Pero que éste puede, habida cuenta de sus derechos de respeto a la vida privada y familiar y la protección de datos de carácter personal, 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 brindada por el ISP.

Asimismo, la sentencia tiene un pronunciamiento axiológico concreto y orientador sobre los valores que deben primar en el sociedad contemporánea, al considerar que estos derechos de respeto a la vida privada y familiar, prevalecen -en principio-, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona.

Concretamente, en uno de los apartados finales dice que “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”.

8. Impacto de la sentencia en los buscadores¹⁶

A la posición de estrategia jurídica de invocar imposibilidades técnicas, a pesar de evidencias manifiestas de plena gestión y control de la información por cuestiones políticas o vinculadas a derechos intelectuales, la posición pública de Google y sus aliados plantea que el fallo es un atentado contra la libertad de expresión -censura-, y donde de acuerdo a su visión, las soluciones del libre mercado deberían a prevalecer.

Por su parte, en medios periodísticos advirtió también de las consecuencias negativas que

¹⁶ Las cuestiones referidas en este apartado se pueden encontrar en las notas periodísticas que se indican en la bibliografía.

puede tener esta sentencia en los modelos de negocios que se desarrolla de acuerdo al estilo de comunicación y trabajo más dinámico que el modelo empresarial tradicional, y orientado al cliente. Así indica que podría perjudicar a la próxima generación de empresas "startups", es decir compañías que buscan emprender un nuevo negocio apoyadas en la innovación tecnológica y el desarrollo de TICs .

Dos semanas después de la sentencia del máximo Tribunal de Justicia Europeo, el buscador Google (considerado responsable del tratamiento de datos), propone en Europa un nuevo desarrollo tecnológico, una herramienta para que a través de un formulario, los europeos pidan que Google borre algunos resultados de búsqueda relacionados con ellos, acatando el derecho al olvido en Internet, si los resultados son "inadecuados, no pertinentes, caducos o excesivos".

Quienes lo soliciten deberán exponer a Google razones de su petición para cada link que quieran que desaparezca y hacer llegar una copia de su documento de identidad. El responsable del tratamiento de datos evaluará cada petición de forma individual y sopesará entre el derecho a la protección de datos y el derecho de la opinión pública a recibir y reproducir información. Así, se tendrá en cuenta si se trata de casos de fraude, infracciones en la praxis profesional, prevaricación, condenas o del comportamiento público de funcionarios del gobierno. Ello hace una pertinente consideración sobre la peculiaridad y tipo de dato o información, lo debe estar en línea con la finalidad del mismo.

Los sitios de Internet enlazados por Google no son afectadas, pero dejarán de aparecer en las búsquedas, con la importancia que esto implica en el actual contexto socio-tecnológico, donde la atención social en la web tiene su significación social y económica esencial¹⁷. Por su parte, planteó la posibilidad de colocar unos avisos que indican que los enlaces han sido eliminados por sentencia judicial. Este es un recurso técnico parecido al aviso que hace Google cuando un archivo incumple los derechos de autor.

El buscador Google sólo eliminará los links de sus servicios en la Unión Europea, Islandia, Noruega, Lichtenstein y Suiza, pero no de su dominio Google.com, y se ha comunicado públicamente que en algunos casos controvertidos será necesario recurrir a la Justicia. Esto último alienta además, a una participación más protagónica en este tema a las Autoridades de protección de datos personales.

9. Conclusiones:

La sentencia tiene definiciones concretas y coloca en categorías claras las 3 cuestiones

¹⁷ La sobreabundancia de información, en toda calidad y forma de ser percibida, genera, como señala Huberman (2008), el problema de la atención colectiva. Con mensajes y medios que inundan a los usuarios del mundo, entender cómo la gente presta atención al contenido de la web tiene valor social y económico. Valor social, porque la opinión pública está cada vez más determinada por los nuevos medios informáticos, y económico, porque el suceso de la difusión de ideas y productos depende de la atención que se les otorga.

claves enunciadas: 1) si el negocio de un motor de búsqueda es establecido en un estado, entonces independientemente de dónde se procesó la información en sí en realidad, aplica la ley de protección de datos; 2) la actividad del motor de búsqueda que implica el procesamiento de datos en un sentido amplio (aun cuando se realiza en forma automatizada), se considera “tratamiento de datos”, en virtud de lo cual, el gestor del motor de búsqueda deviene “responsable” de dicho tratamiento; 3) se determina el alcance derecho al olvido desde que un particular que se encuentre afectado por un contenido que le causa ilegalmente una afección a sus derechos personalísimos, puede pedirle al responsable del tratamiento de datos, la rectificación, supresión u oposición, dado que los derechos al respeto de la vida privada y familiar, así como la protección de los datos personales “prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor de búsqueda, sino también sobre el interés del público en acceder a ésta información”.

Es una sentencia ordenada y clara que, si bien no tiene una enunciación de doctrinaria o de autores, expone una construcción a partir de pronunciamientos del TJUE pertinentes que resuelven cuestiones en el medio de internet, así como también hace suya las definiciones de equipos de expertos técnicos que vienen analizando la problemática en cuestión.

No hay en la sentencia mención alguna a la “autodeterminación informativa”, teniendo en consideración que los derechos que se reconocen en el fallo forman parte sustancial esta teoría que implica el control de la información personal que se encuentra en todo tipo de registros. Por su parte, del fenómeno jurídico-tecnológico que de esto nace, impone la necesidad de poner el acento en el análisis sobre el tipo de dato, calidad y pertinencia, entre otros.

Una de las grandes preguntas que surgen de la lectura del fallo, lleva a plantear la necesidad de reconocer la incidencia que podrían alcanzar los efectos jurídicos de la Sentencia en el medio de Internet, y en la actividad que realizan los diferentes proveedores de servicios de Internet, de acuerdo al caso. Algunos otros servicios de búsqueda, como el buscador de Microsoft, o sitios de información mundialmente famosos como Wikipedia, han comenzado a tomar medidas tendientes a cumplir con el espíritu del fallo. De todas maneras, se abren interrogantes en relación, por ejemplo, a sitios de redes sociales.

En este mismo sentido, abre el interrogante sobre la posición que tomaran los distintos tribunales de justicia, entre ellos los argentinos, a partir de las particularidades de los casos concretos a resolver. Ello, dado que a partir del fallo, se pone claramente en evidencia 2 posiciones antagónicas en relación a la tensión de los derechos en juego, la posición europea donde hay un sentimiento de que la privacidad y el control sobre la información personal son derechos humanos básicos, en tanto que la visión norteamericana, en la que la libertad de expresión y las soluciones de libre mercado son las que prevalecen.

En definitiva, resulta un pronunciamiento clave que va construyendo aspectos

fundamentales de la dinámica de información y comunicaciones en el nuevo medio digital a nivel global.

10. Bibliografía:

- Bauman, Zygmunt “La Globalización. Consecuencias Humanas” Ed. Fondo de Cultura Económica. 2010.

- Bidart Campos, Germán J. “El Derecho a la Intimidad y la Libertad de Prensa” en El Derecho T. 112, pág. 239-242. Comentario al fallo Ponzetti de Balbín, Indalia y ot. C/ Editorial Atlántida S.A.

- Cerda Silva, A. (1 03 2011). “Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos”. Revista Chilena De Derecho Informático. Consultado el ago 15, 2013, de

<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10661/11413>

- Denis de Moraes (Comp) Mutaciones de lo Visible. Comunicación y procesos culturales en la era digital. “La cuestión de las TIC: hacia nuevos planteamientos” Bernard Miège. Y “convergencia Digital y diversidad Cultural” Jesus Martín Barbero. Paidós Editores, 2010, Buenos Aires, Argentina.

- Desantes, José María: “El Derecho Fundamental a la Intimidad” Versión escrita de la exposición en seminario "El derecho a la intimidad y a la vida privada y los medios de comunicación social" realizado el 28 de agosto de 1991 en el Centro de Estudios Públicos.

- Flores, Oscar: “Libertad de Prensa y Derechos Personalísimos: Criterios de la Corte Suprema de Justicia de Nación” (A.A. V.V.) Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2006-2, “Honor, imagen e intimidad”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, páginas 305-335.

- Gregorio, Carlos G., Greco, Silvana y Baliosian, Javier “Impacto de las nuevas tecnologías de comunicación e información sobre los derechos de intimidad y privacidad” pag. 375 – 444 en “Internet y sociedad en América Latina y el Caribe, investigaciones para sustentar el diálogo” Marcelo Bonilla, Gilles Cliche, editores 2001 FLACSO, Sede Ecuador disponible en

www.flacso.org.ec/docs/sfinternet.pdf (15 ago 2013)

- Nino, Carlos Santiago “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Análisis Filosófico, Jurídico, y Politológico de la Práctica Constitucional. 2da Reimpresión. Ed. Astrea. 2002. Buenos Aires.

- Puccinelli, Oscar R. “Protección de Datos de Carácter Personal”. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

- Huberman, Bernardo (2008) “La Atención Social en la Web” Conferencia Magistral FCJyS Nov. 2008 (Fecha de Referencia 25/02/2014) Disponible en ingles en <http://www.youtube.com/watch?v=wU26egYzOUM>

Notas periodísticas:

- Diario Infobae “En los EEUU criticaron el derecho al olvido en buscadores web”, Lunes 26 de mayo de 2014, recuperado de <http://www.infobae.com/2014/05/26/1567608-en-los-eeuu-criticaron-el-derecho-al-olvido-buscadores-web> , (09/08/2014)

- Diario La Nación: “Europa reconoce el derecho al olvido en Internet” Miércoles 14 de mayo de 2014, recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1690239-europa-reconoce-el-derecho-al-olvido->

en-internet (09/08/2014)

- Diario La Nación: “La delgada línea entre el derecho al olvido y reescribir la historia” Lunes 19 de mayo de 2014, recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1692676-la-delgada-linea-entre-el-derecho-al-olvido-y-el-reescribir-la-historia> (09/08/2014)

- Diario La Nación: “Google publica el mecanismo para cumplir con el "derecho al olvido" europeo”. Viernes 30 de mayo de 2014, recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1695889-google-pone-en-marcha-el-mecanismo-para-cumplir-con-el-derecho-al-olvido-europeo> (09/08/2014)

- Diario La Nación: “Google implementa el derecho al olvido en Europa” Viernes 27 de junio de 2014, recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1705097-google-implementa-el-derecho-al-olvido-en-europa> (09/08/2014)

- Diario The Guardian “Google search results may indicate 'right to be forgotten' censorship”, Sabado 8 de junio de 2014, recuperado de <http://www.theguardian.com/technology/2014/jun/08/google-search-results-indicate-right-to-be-forgotten-censorship> (09/08/2014)

- Sitio de noticias “techcrunch.com”: “Jimmy Wales Blasts Europe’s “Right To Be Forgotten” Ruling As A “Terrible Danger”, Sabado 7 de Junio de 2014, recuperado de <http://techcrunch.com/2014/06/07/wales-on-right-to-be-forgotten/> (09/08/2014)

- Noticia El Tiempo. Bogota, “Bing aplica la sentencia sobre el 'derecho al olvido' en Europa” Disponible en <http://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/bing-aplica-la-sentencia-sobre-el-derecho-al-olvido-en-europa/14263237>

- Noticia 24siete.info: “Para Wikipedia, la sentencia europea del derecho al olvido es censura”..
<http://www.24siete.info/nota-226757-tecnologia-para-wikipedia-la-sentencia-europea-del-derecho-al-olvido-es-censura.html>