



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

El alcance espacial de la doctrina del TJUE Google Spain.

Presentado por:

Helena Sánchez Arribas

Tutelado por:

Dr. D. Antonio Javier Adrián Arnáiz

Valladolid, junio de 2020

RESUMEN

El derecho al olvido consiste en el derecho a solicitar al responsable del tratamiento de datos la eliminación de los datos personales que puedan resultar perjudiciales para una persona. En la actualidad, se encuentra regulado a nivel europeo en el Reglamento General de Protección de Datos. Sin embargo, el Reglamento no contiene ninguna referencia acerca del alcance territorial del mismo.

Ha sido recientemente, con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-507/17, cuando se ha abordado por primera vez el tema en el seno de la UE. El TJUE ha estimado que el gestor de un motor de búsqueda no está obligado a retirar los enlaces afectados en todas las versiones de su motor, aunque ha dejado abierta la posibilidad de que la autoridad de control o judicial de un Estado Miembro obligue al gestor del motor de búsqueda a retirar los enlaces en todas las versiones del motor si fuera necesario para otorgar una protección eficaz.

Esta cuestión suscita una especial importancia a la hora de garantizar una protección eficaz del derecho dados los dispares niveles de protección de los distintos ordenamientos jurídicos a nivel internacional.

PALABRAS CLAVE

Derecho al Olvido

Motor de búsqueda

Desindexación

Bloqueo geográfico

Tratamiento de datos

Alcance territorial

ABSTRACT

The right to forget consists of the right to request and obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay. It is regulated at EU level by the General Data Protection Regulation. However, the Regulation does not contain any reference to its territorial scope.

But recently, the judgment of the Court of Justice of the European Union in case C-507/17 has first addressed the issue. The Court has considered that there is no obligation for a search engine operator to carry out a de-referencing on all the version of its search engine. However, the Court has left open the possibility for the supervisory or judicial authority of a Member State to oblige the search engine manager to carry out a de-referencing concerning all versions of the search engine if it is necessary to provide an effective protection.

This issue is particularly relevant in ensuring effective protection of the law given the different levels of protection in the various legal systems at international level.

KEY WORDS

Right to be forgotten

Search Engine

De-referencing

Geographic blocking

Data processing

Tratamiento de datos

Territorial scope

CONTENIDO

INDICE DE ABREVIATURAS

1. Introducción.	7
2. Marco teórico. Concepto de derecho al olvido y regulación legal.....	11
2.1. Concepto del derecho al olvido.....	11
2.2. El derecho al olvido en el ordenamiento jurídico internacional.....	11
3. El derecho al olvido en el ordenamiento jurídico español.....	20
4. Determinación de la ley aplicable. El concepto de establecimiento y responsable del tratamiento de datos.	25
4.1. La aplicabilidad de la directiva 95/46/ce y del RGPD a los motores de búsqueda.	26
4.2. Ámbito territorial de la Directiva 95/46/CE y del RGPD.....	28
4.3. Responsable del tratamiento de datos.....	31
5. El alcance (extra)territorial.	35
5.1. Antes de la STJUE de 24 de septiembre de 2019.....	35
5.2. Después de la STJUE de 24 de septiembre.....	44
5.3. Análisis del pronunciamiento del TJUE.....	50
6. El derecho al olvido fuera de la Unión Europea.....	54
6.1. Estados Unidos.....	54
6.2. Canada	56

6.3.Nueva Zelanda	57
6.4.Corea Del Sur.....	58
6.5.India.....	59
7. Conclusiones	61

BIBLIOGRAFIA

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado de la abreviatura
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CNIL	Comission Nationale Française de l'Informatique et des Libertés (Agencia de Protección de Datos Francesa)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECLI	European Case Law Identifier (Identificador Europeo de Casos Jurídicos)
ICO	Information Commissioner's Office (Agencia Británica de Protección de Datos)
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 31 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN.

En este trabajo se pretende analizar el alcance territorial del derecho al olvido con el fin de determinar si el alcance espacial dado por la doctrina del TJUE es el más adecuado para garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.

El art. 17 del Reglamento 2016/679 (en adelante, “RGPD”) recoge el “derecho de supresión” (también conocido como “derecho al olvido” o “derecho de retirada”) entendido como “el derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan”. Antes de la entrada en vigor del RGPD, el derecho al olvido fue objeto de construcción jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 13 de mayo de 2014 (Asunto C-131/12).

Se trata de un derecho plenamente autónomo, aunque íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad y al honor¹. Sin embargo, no nos encontramos ante un “derecho absoluto”, lo que justifica que el ejercicio del derecho esté sujeto a una serie de limitaciones, siendo crucial la ponderación de distintos derechos fundamentales, como el derecho a la vida privada y a la protección de datos personales, por un lado, y el derecho a la libertad de información, por otro.

El estudio del alcance territorial del derecho al olvido suscita un especial interés en un mundo globalizado como en el que vivimos:

En primer lugar, “Internet es una red mundial sin fronteras en el que los motores de búsqueda confieren carácter ubicuo a la información y a los enlaces contenidos en una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona física (...). El acceso de los internautas, en particular, de aquellos que se hallan fuera de la Unión, a un enlace que remite información sobre una persona cuyo centro de interés está situado en la Unión

¹ STC 58/2018, de 4 de junio de 2018.

Europea puede tener, por lo tanto, efectos inmediatos y sustanciales en la propia Unión².

En segundo lugar, resulta necesario estudiar la aplicación de la normativa europea de protección de datos en supuestos en los que el tratamiento de datos personales es efectuado por un motor de búsqueda cuya empresa matriz puede encontrarse localizada en un tercer estado o por motores de búsqueda sin marcada presencia mediante establecimientos en el territorio de la Unión Europea.

En tercer lugar, si bien se trata de un derecho reconocido en el ámbito de la UE, no nos encontramos ante un derecho reconocido a nivel mundial como, por ejemplo, ocurre en EEUU. De ello se deduce la importancia de analizar y determinar el alcance territorial del derecho al olvido en el Derecho de la Unión de forma que sea posible garantizar una protección eficaz y completa de este derecho que, a su vez, sea compatible con el propio Derecho de la Unión y con los principios de cortesía y de no injerencia reconocidos por el Derecho Internacional Público³.

La cuestión del alcance territorial del derecho al olvido ha sido un aspecto polémico y muy debatido en los últimos años, pues ni la regulación legal se refiere a este extremo ni el TJUE con anterioridad a la sentencia en el asunto C-507/17 había abordado el tema, siendo posible encontrarnos con distintas posturas doctrinales:

a) En primer lugar, la tesis maximalista que defiende la instauración de un derecho a la retirada de enlaces mundial, de forma que el gestor del motor de búsqueda esté obligado a efectuar dicha retirada de enlaces respecto de la totalidad de los nombres de dominio de su motor;

b) En segundo lugar, la tesis minimalista, que se traduce en la limitación del derecho a la retirada de enlaces al dominio del país en el que se solicita la desindexación.

c) Por último, la tesis intermedia que defiende suprimir a través de la técnica del bloqueo geográfico los enlaces afectados en cualquier dominio del

² STJUE de 24 de septiembre de 2019, asunto C-507/17.

³ Conseil d'État, 19 de julio de 2017, Decisión del Conseil d'État n. 3999922.

motor de búsqueda, pero sólo en relación a las solicitudes realizadas desde direcciones IP supuestamente localizada en la UE.

El TJUE se ha pronunciado por primera vez sobre la cuestión del alcance territorial del derecho al olvido a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, Francia) en el procedimiento entre Google LLC y la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés ("CNIL"). En concreto, se plantearon al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. Si el gestor de un motor de búsqueda está obligado a retirar la totalidad de los enlaces controvertidos de los resultados obtenidos como consecuencia de una búsqueda realizada a partir del nombre del solicitante de todas las versiones del buscador independientemente del lugar desde el que se realice la búsqueda.
2. En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior, si el gestor de un motor de búsqueda solamente está obligado a suprimir los enlaces controvertidos obtenidos como consecuencia de una búsqueda realizada a partir del nombre del solicitante en la versión del buscador con el nombre de dominio correspondiente al estado en el que se considera efectuada la solicitud.
3. Por último, se plantea si el gestor de un motor de búsqueda que estima una solicitud de retirada de enlaces está obligado a suprimir, mediante la técnica del "bloqueo geográfico", los resultados controvertidos obtenidos como consecuencia de una búsqueda realizada a partir del nombre del solicitante, para que dichos enlaces no se muestren cuando se acceda al buscador desde una IP supuestamente localizada en el estado de residencia del beneficiario del derecho a la retirada de enlaces o en cualquiera de los estados miembros sujetos.

En la sentencia de 24 de septiembre de 2019, asunto C-507/17, el TJUE estableció que el gestor de un motor de búsqueda no está obligado a retirar los enlaces en todas las versiones de su motor de búsqueda. Sin embargo, el

gestor de un motor de búsqueda debe retirar los enlaces en las versiones que correspondan al conjunto de los Estados miembros y adoptar medidas que impidan o dificulten a los internautas acceder, desde uno de los Estados miembros, a los enlaces controvertidos que figuren en las versiones de ese motor fuera de la Unión.

El análisis del objeto de estudio partirá del examen de la reciente sentencia del TJUE en el asunto C-507/17, así como de las conclusiones del Abogado del Estado. Además, se examinarán las diversas fuentes normativas que regulan la materia, haciendo especial hincapié en la evolución de los diferentes instrumentos jurídicos en las últimas décadas, los cuales se han ido adaptando a los cambios tecnológicos y sociales experimentados por la sociedad. Se analizará la casuística jurisprudencial, determinante en la configuración de la protección de datos en la Unión Europea, así como las diferentes posturas doctrinales sobre la materia.

En primer lugar, se analizará concepto del derecho al olvido, haciendo referencia tanto a la regulación vigente como a la evolución normativa del mismo, a fin de contextualizar el objeto de estudio. En segundo lugar, se examinará el alcance territorial del derecho al olvido, desde el punto de vista de la determinación de la ley aplicable de acuerdo al art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE y posteriormente, de la aplicación extraterritorial de la normativa comunitaria. En tercer lugar, se planteará un análisis comparativo de soluciones alternativas implantadas por otros estados o defendidas por algunos sectores doctrinales. En último lugar, se analizarán las consecuencias de la sentencia del TJUE en el asunto C-507/17 y se expondrán las conclusiones extraídas a partir del examen de las cuestiones examinadas.

2. MARCO TEÓRICO. CONCEPTO DE DERECHO AL OLVIDO Y REGULACION LEGAL.

2.1. CONCEPTO DEL DERECHO AL OLVIDO.

El derecho al olvido se define como el derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet en los supuestos en que su publicación no cumpla los requisitos legalmente previstos. En concreto, se incluye el “derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales” cuando la información sea obsoleta o carezca de relevancia e interés público, independientemente de que la publicación original sea legítima⁴.

A continuación, se realiza un breve análisis de la evolución normativa del derecho al olvido tanto en las fuentes del ordenamiento jurídico internacional como en el ordenamiento jurídico nacional.

2.2. EL DERECHO AL OLVIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL.

2.2.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En 1950, El Consejo de Europa firmó el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “CEDH”) con el fin de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales en Europa.

El artículo 8⁵ del CEDH reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, dentro del cual podemos incluir la protección del derecho al olvido.

⁴ AEPD (2020). Derecho de supresión (“al olvido”): buscadores de internet. <https://www.aepd.es>.

⁵ El artículo 8 señala que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales,

Este precepto está inspirado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, “DUDH”) que, al igual que el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, “PIDCP”), dispone que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”), órgano competente para conocer de las demandas fundamentadas en violaciones de derechos enunciados en el CEDH, ha ido configurando a lo largo de los años el contenido y alcance de este derecho, respondiendo a la necesidad de garantizar las manifestaciones protegidas por el artículo 8 ante el avance de las nuevas tecnologías. Así, en varias sentencias, entre ellas la sentencia de 26 de marzo de 1987, en el asunto “Leander contra Suecia”, el TEDH ha reconocido que la que recogida de datos personales constituía una lesión a la vida privada del individuo.

2.2.2. Las Resoluciones (73) 22, (74) 29 del Consejo de Europa

La Resolución (73) 22, sobre la protección de la vida privada de las personas físicas con respecto a los bancos de datos electrónicos del sector privado y la Resolución (74) 29 sobre sobre la protección de la vida privada de las personas físicas con respecto a los bancos de datos electrónicos del sector público constituyen los primeros instrumentos en los que se recogen principios, derechos y obligaciones fundamentales relativas al tratamiento de datos personales. Sin embargo, ambos textos, carecen de eficacia jurídica, por lo que no dejan de ser meros textos programáticos.

2.2.3. El Convenio 108 del Consejo De Europa.

El Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal fue adoptado por el Consejo de Europa el 28 de enero de 1981. Se trata del primer instrumento internacional con eficacia jurídica vinculante adoptado en materia de protección de datos.

la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

2.2.4. Tratado De Funcionamiento de la Unión Europea.

El párrafo primero del artículo 16 (antiguo artículo 286 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”) establece el “derecho a la protección de los datos de carácter personal” y la competencia del Parlamento Europeo y del Consejo para establecer las “normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal” por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de dichos datos.

2.2.5. La Directiva 95/46/CE

La Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante “Directiva 95/46/CE”), trataba de armonizar los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en relación con las actividades de tratamiento de datos de carácter personal, así como garantizar la libre circulación de estos datos entre los Estados miembros⁶ para garantizar un elevado nivel de protección de la vida privada de las personas.

Si bien dicha Directiva no contiene una referencia expresa al derecho al olvido, recoge los derechos de supresión y bloqueo de datos⁷, así como el derecho de oposición⁸, los cuales sirvieron de base al TJUE para reconocer la tutela del derecho al olvido, con carácter previo al legislador europeo.

Igualmente, cabe mencionar una serie de instrumentos jurídicos comunitarios en el ámbito del tratamiento de datos como la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; actualizada por la Directiva 126/2009/CE con el fin de incluir cuestiones como el concepto de

⁶ Considerando 3 del Reglamento (UE) 2016/679, Reglamento General de protección de datos (DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016).

⁷ Artículo 12.b) de la Directiva 95/46/CE

⁸ Artículo 14.a) de la Directiva 95/46/CE

“violación de datos personales”; y el Reglamento 45/2001 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

2.2.6. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, “CDFUE” o “Carta”) fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Actualmente, la Carta goza del mismo valor jurídico que los Tratados⁹, obligando sus disposiciones a todas las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como a los Estados miembros en la aplicación del derecho comunitario.

La Carta contiene un amplio catálogo de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales distribuidos a lo largo de seis títulos: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Dentro de nuestra materia de estudio, conviene destacar especialmente el artículo 7¹⁰ que contiene el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el artículo 8¹¹ que contiene el derecho a la protección de datos de carácter personal.

2.2.7. La Comunicación 609 (2010) de la Comisión Europea.

⁹ Artículo 6.1 TUE.

¹⁰ El artículo 7 señala que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

¹¹ El artículo 8 señala que:

“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 quedarán sujeto al control de una autoridad independiente”.

El término “derecho al olvido” (en inglés, “right to be forgotten”) se emplea por primera vez en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, publicada el mes de noviembre de 2010, titulada “Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea”. En ella, se define el derecho al olvido como el derecho de las personas a que sus datos no se traten y se supriman cuando dejan de ser necesarios para fines legítimos. Es el caso, por ejemplo, de la revocación del consentimiento dado por el titular para el tratamiento de datos o de la expiración del plazo de conservación de los datos. A pesar de ser una primera aproximación al concepto, la Comunicación contiene claras referencias al principio del consentimiento, al principio de finalidad y al principio de necesidad.

Además, en esta comunicación se plantean los objetivos fundamentales de la revisión del marco regulador:

- a) El refuerzo de los derechos de los usuarios, asegurando una protección adecuada para todos los individuos, en especial en relación al impacto de las nuevas tecnologías; una mayor transparencia y un mayor control de los datos por parte de los usuarios, garantizando el consentimiento libre e informado.
- b) La mejora del mercado interior centrada en la disminución de las divergencias existentes entre las legislaciones de los estados miembros mediante una mayor armonización de las normas de protección de datos a nivel europeo y garantizando la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior.
- c) La ampliación de las normas generales de protección de datos a los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal.
- d) La simplificación de los criterios para la transferencia de datos personales en el ámbito internacional
- e) La mejora del marco institucional para la aplicación efectiva de las normas de protección de datos.

2.2.8. La Sentencia del TJUE Google Spain.

El TJUE se anticipó al legislador en la construcción de un auténtico derecho al olvido. Ante el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte de la Audiencia Nacional española (asunto C-131/12), el TJUE reconoció el “derecho al olvido” en base a los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46. Dictaminó que dichos preceptos debían interpretarse en el sentido de que procedía examinar si el interesado tenía derecho a que la información sobre su persona ya no estuviera vinculada a su nombre por una lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, pudiendo solicitar que dicha información ya no se pusiera a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, conforme a los artículos 7 y 8 de la CDFUE.

Además, el TJUE interpretó que el derecho al olvido prevalece no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés público en acceder a la información. Sin embargo, el TJUE admitió que, por razones concretas, dicha injerencia podría estar justificada por el interés preponderante del público en tener acceso a la información de que se trate.¹²

2.2.9. El Reglamento General de Protección de Datos

La falta de armonización en los Estados Miembros junto con la rápida evolución del entorno digital hizo necesario elaborar un nuevo instrumento jurídico más sólido y coherente, capaz de dar respuesta a los nuevos interrogantes que plantea la protección de los datos personales y de garantizar un nivel uniforme y elevado de protección en toda la Unión.

A tal fin, el 27 de abril de 2016 se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, “Reglamento general de protección de datos” o “RGPD”).

¹² STJUE de 13 de mayo de 2014, as. C-131/12, Google Spain, S.L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González.

En especial, al derecho al olvido se refieren los considerandos 65 y 66¹³ y, dentro de la Sección 3 (“Rectificación y supresión”), el art. 17 que reconoce el “derecho de supresión (derecho al olvido)” de los datos personales del interesado junto con el correlativo deber del responsable del tratamiento de datos de suprimirlos “sin dilación indebida”.

En primer lugar, es necesario señalar que para ejercitar el derecho de supresión es necesario que concurra alguna de las circunstancias que enumera el apartado primero de dicho artículo:

- a) La pérdida de la necesidad en relación a los fines para los que fueron recogidos o tratados;

¹³ El considerando 65 dispone que “los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un «derecho al olvido» si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento. En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento. Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño. Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”.

El considerando 66 dispone que “a fin de reforzar el «derecho al olvido» en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales”.

- b) La revocación del consentimiento del interesado (titular de los datos) en que se basa el tratamiento de datos;
- c) La oposición al tratamiento de datos por parte del interesado;
- d) El tratamiento ilícito de los datos cuando no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento;
- e) El cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, con origen en el derecho de la Unión o en el derecho de los Estados Miembros;
- f) La obtención lícita de datos personales de niños en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información directamente dirigida a ellos. Para que dicha obtención sea lícita, es necesario que el niño tenga como mínimo 16 años o siendo menor de 16 años, que el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño lo consienta.

En segundo lugar, se regula el deber de precaución que debe asumir el responsable del tratamiento, el cual deberá adoptar las medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con el fin de “informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos” (art. 17.2 RGPD). Son varias las críticas que cabe plantear respecto a este apartado:

- En primer lugar, se configura como un deber de medios y no como un deber de resultados. El responsable solo debe adoptar las medidas razonables para informar, pero ello no garantiza que la información se transmita de forma efectiva.
- En segundo lugar, el derecho presenta un importante límite pues el responsable debe cumplir con el deber siempre que las medidas razonables que adopte sean acordes a la tecnología disponible y al coste de su aplicación. A sensu contrario, si las medidas supusieran un coste desproporcionado, el deber de llevar a cabo dichas medidas decaería.
- Por último, se limita el ejercicio del derecho de supresión en una serie de supuestos, en concreto, cuando el tratamiento de datos sea necesario

para (a) garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información; (b) cumplir una obligación legal o una misión realizada en interés público por el responsable; (c) posibilitar tomar en consideración razones de interés público en el ámbito de la salud pública; (d) realizar fines de archivo en interés público, fines de investigación científica, histórica o estadísticos; (e) formular, ejercer o defender reclamaciones.

3. EL DERECHO AL OLVIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

3.1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales aparece implícitamente recogido en el artículo 18.4 de Constitución Española que dispone que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. A falta de desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”) en la STC 254/1993 lo configura como un auténtico derecho fundamental autónomo¹⁴ ligado al derecho a la intimidad pero independiente del mismo cuyo contenido “elemental” comprendía el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data). Posteriormente, en la STC 290/2000, el TC configura el derecho a la protección de datos personales con un mayor detalle, incluyendo dentro del mismo “los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos; (...) el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos. En suma, el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos.”¹⁵

3.2. LA LEY ORGÁNICA 5/1992

La Ley Orgánica 5/1992, de 31 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (en adelante, “LORTAD”)

¹⁴ STC 254/1993, de 20 de julio de 1993, FJ 6: “es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”.

¹⁵ STC 290/2000, de 30 de noviembre de 2000, FJ 7.

desarrolló el mandato dirigido al legislador plasmado en el artículo 18.4 de la Constitución. Esta ley, a pesar de presentar grandes deficiencias, introdujo el concepto de privacidad, entendida como un fenómeno diferente de la intimidad¹⁶, que comprendía un ámbito más amplio y global.

3.3. LA LEY ORGÁNICA 15/1999

La anterior ley fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, "LOPD"), que transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 95/46/CE. Fue completada ocho años más tarde con la aprobación del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Esta ley tenía por objeto "garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar" (art. 1) siendo de aplicación a "los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de

¹⁶La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal señalaba que "el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo".

tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado” (art. 2). La LOPD consagró como principios rectores para el tratamiento de datos la veracidad, la temporalidad, la pertinencia y el consentimiento. Al igual que la Directiva 95/46/CE, la LOPD no contemplaba expresamente el derecho al olvido, pero si los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). En consecuencia, la doctrina jurídica se encontraba dividida entre quienes consideraban que no existía un verdadero derecho al olvido y quienes defendían que el derecho se encontraba implícitamente recogido en los derechos de cancelación y oposición expresamente regulados en el artículo 16¹⁷ de la LOPD y 12.b y 14 de la Directiva 95/46/CE.

Cabe destacar aquí la posición adoptada por la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, “AEPD”) a favor de la existencia de un derecho al olvido implícito en los derechos de cancelación y oposición. En la resolución R/00598/2007, del 27 de julio, la AEPD afirmó “que ningún ciudadano que ni goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus

¹⁷ El artículo 16 sobre el derecho de rectificación y cancelación dispone que

“1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días.

2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.

3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.

4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación.

5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado”.

datos de carácter personal circulen por la RED sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet”. Posteriormente, en la resolución R/1689/2010, del 30 de julio, contra Google, la AEPD consideró que los buscadores realizan un tratamiento de datos personales al indexar las páginas web, y además son los responsables del tratamiento, siendo aplicable tanto la normativa española como la comunitaria aunque la empresa matriz se encuentre fuera de la UE, si su filial española comercializa publicidad y dirige su negocio hacia el público español, además de utilizar medios ubicados en España para el tratamiento de los datos, en aplicación de los artículos 4.1.a) y 4.1.c) de la Directiva 95/46/CE.

3.4. LA LEY ORGÁNICA 3/2018

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales tiene por objeto adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento UE 2016/679. Regula dos supuestos concretos de derecho al olvido.

- a) El primero de ellos se encuentra contemplado en el art. 93 en el que se regula el derecho al olvido en relación con los buscadores. Se reconoce el derecho a la desindexación de los vínculos obtenidos como resultado de una búsqueda realizada a partir del nombre del interesado cuando los datos personales “fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés *público* de la información”.

Además, este derecho al olvido procede cuando las circunstancias personales del afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces, y subsistirá, aunque fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web. El ejercicio de este derecho no impide el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de criterios de búsqueda distintos del nombre del interesado.

b) El segundo supuesto se encuentra contemplado en el art. 94 que regula el derecho al olvido en relación a los servicios de redes sociales y servicios equivalentes. Se reconoce el derecho de toda persona a la supresión de los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por en redes sociales y servicios equivalentes, así como de los datos personales que le conciernan y hubiesen sido facilitados por terceros cuando fuesen “inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información”. También cabe la supresión de los datos cuando las circunstancias personales del afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos o cuando los datos hubieran sido facilitados durante la minoría de edad del afectado.

4. DETERMINIACIÓN DE LA LEY APLICABLE. EL CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO Y RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS.

Estudiar el alcance (extra)territorial del derecho al olvido que, como hemos visto, se regula actualmente en el RGPD y con anterioridad se reconocía con base a los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46/CE, requiere analizar previamente la aplicación de la Directiva y el RGPD al tratamiento de datos efectuado por un motor de búsqueda, cuestión sobre la que el TJUE tuvo la oportunidad de pronunciarse en el asunto Google Spain.

Analicemos la estructura organizativa de Google. Alphabet Inc, es un conglomerado multinacional con sede California, Estados Unidos. Fue creado en 2015, convirtiéndose en la compañía matriz de Google, que a su vez es su mayor filial. Google LLC¹⁸, domiciliada también en California, es la filial encargada de gestionar técnica y administrativamente el motor de búsqueda Google Search. Google Search se encuentra disponible a nivel mundial a través de www.google.com pero además, cuenta versiones locales en la mayoría de países como www.google.es en España o www.google.fr en Francia. Google Search indexa páginas web de todo el mundo y la información indexada queda almacenada temporalmente en servidores cuya localización se desconoce, ya que este dato por razones competitivas es secreto. Además, Google Search incluye publicidad asociada a los patrones de búsqueda introducidos por los internautas de las empresas que contratan sus servicios.

Junto con lo anterior, el grupo Google ha creado filiales en un gran número de países que actúan como agentes promotores de venta de los espacios publicitarios que se generan en www.google.com, como por ejemplo, Google Spain o Google France. Estas filiales dirigen su actividad fundamentalmente a las empresas radicadas en el estado en el que se encuentran localizadas, funcionando como agentes comerciales del grupo.

¹⁸ Antes de 2017, denominado Google Inc.

Tras este breve análisis de estructura organizativa de Google podemos ver cómo nos encontramos con la existencia de distintas personas jurídicas que de una forma más directa o indirecta intervienen en el tratamiento de datos, algunas de ellas establecidas dentro de la Unión Europea, pero otras localizadas en terceros estados. Surgen aquí varias cuestiones: ¿se puede considerar tratamiento de datos a la actividad llevada a cabo por los motores de búsqueda? En caso de respuesta afirmativa, ¿quién (o quienes) son responsables del tratamiento de datos llevado a cabo por un motor de búsqueda? ¿Qué ley es aplicable al tratamiento de datos realizado por un motor de búsqueda? Para responder a estas preguntas conviene analizar en profundidad el contenido de la Directiva 95/46/CE y del RGPD, así como de la jurisprudencia del TJUE en el caso Google Spain.

4.1. LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 95/46/CE Y DEL RGPD A LOS MOTORES DE BÚSQUEDA.

El artículo 3 de la Directiva y el artículo 2 del RGPD regulan el ámbito de aplicación material de ambos instrumentos señalando que se aplican al “tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.” Por tanto, el criterio de aplicabilidad depende de la existencia de un tratamiento de datos personales. En consecuencia, conviene determinar si en el caso de los motores de búsqueda nos encontramos ante un tratamiento de datos personales. Vamos, en primer lugar, a analizar ambos conceptos, el concepto de datos personales y el concepto de tratamiento en relación a la actividad llevada a cabo por los motores de búsqueda:

En relación al concepto de **datos personales**, el art. 2.a) de la Directiva y, paralelamente, el art. 4.1 del RGPD definen los datos personales como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos

propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”. Los motores de búsqueda recogen y tratan gran cantidad de información de sus usuarios como ficheros de registro, direcciones IP, historiales de búsqueda en red, *cookies*... Dado que gracias a estos datos es posible identificar a la persona, podemos afirmar que la información que emplean no es sino una forma de datos personales.

Por otro lado, en relación al concepto de **tratamiento**, el artículo 2.b) de la Directiva 95/46 y el artículo 4.2 del RGPD definen el concepto de tratamiento de datos personales como “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”. Partiendo de esta definición, queda claro que la mayor parte de las actividades llevadas a cabo por los motores de búsqueda se pueden encuadrar en dicho concepto.

De todo lo anterior podemos inferir que efectivamente tanto la extinta Directiva como el actual RGPD se aplican al tratamiento de datos personales realizado por los motores de búsqueda y ello independientemente del lugar de su sede¹⁹.

Una vez que hemos afirmado la aplicación de la Directiva y del RGPD al tratamiento de datos realizado en el marco de los motores de búsqueda, conviene analizar el ámbito de aplicación territorial de ambos instrumentos para definir en qué supuestos la ley aplicable al tratamiento de datos llevado a en el marco de las actividades de los motores de búsqueda es la europea.

¹⁹ GT art. 29, de 4 de abril de 2008, Dictamen 1/2008.

4.2. ÁMBITO TERRITORIAL DE LA DIRECTIVA 95/46/CE Y DEL RGPD.

El artículo 4 de la Directiva 95/46 relativo al ámbito de aplicación territorial establecía que los Estados Miembros aplicaran las legislaciones nacionales cuando:

- a) El tratamiento de datos sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. En caso de que el responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios estados miembros debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de los establecimientos cumple con las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable.
- b) El responsable del tratamiento no está establecido en el territorio del Estado miembro, sino en un lugar en que se aplica su legislación nacional en virtud del Derecho internacional público. Es el llamado “caso diplomático”.
- c) El responsable del tratamiento no está establecido en el territorio de la UE pero recurre, para el tratamiento de datos personales, a medios situados en el territorio de un Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la UE.

Por su parte, el actual RGPD regula su ámbito territorial en el artículo 3. Este artículo presenta importantes novedades en relación al artículo 4 de la Directiva. Una primera diferencia estriba en la diferente naturaleza de ambos instrumentos. El Reglamento directamente aplicable en todos los estados miembros, mientras que en la Directiva necesita de la oportuna transposición de la misma al ordenamiento jurídico de cada estado miembro. Sin embargo, el RGPD va aún más allá fijando un ámbito de aplicación territorial más coherente con la realidad digital en la que vivimos. En concreto se establece que se aplicará el RGPD cuando:

- a) El responsable o encargado está establecido en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no.
- b) El responsable o encargado no está establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con:
 - a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión.
- c) El responsable no está establecido en la Unión, pero si en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros es de aplicación en virtud del Derecho internacional público.

La aplicación territorial de la Directiva 95/46 se analizó en el pronunciamiento del TJUE en el caso Google Spain con el objetivo de determinar si esta era aplicable al tratamiento de datos personales realizado en el marco de la actividad de un motor de búsqueda (Google Search) gestionado por la empresa matriz (Google Inc.) cuyo domicilio se encuentra situado en un tercer estado (Estados Unidos). Teniendo en cuenta el artículo 4 de la Directiva, la aplicación de la misma al supuesto de hecho dependía de que se considerara que Google Inc. contaba con un establecimiento en un Estado Miembro (España) en el marco del cual se realizara el tratamiento de datos o de que utilizara medios de tratamiento en dicho estado miembro.

En concreto, la Audiencia Nacional planteó como primera cuestión prejudicial si debía interpretarse que existía un “establecimiento”, en los términos descritos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46, al concurrir alguno o algunos de los siguientes supuestos:

- a) cuando la empresa proveedora del motor de búsqueda crea en un Estado miembro una oficina o filial destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del buscador, que dirige su actividad a los habitantes del Estado, o
- b) cuando la empresa matriz designa a una filial ubicada en ese Estado miembro como su representante y responsable del

tratamiento de dos ficheros concretos que guardan relación con los datos de los clientes que contrataron publicidad con dicha empresa,

- c) o cuando la oficina o filial establecida en un Estado miembro traslada a la empresa matriz, radicada fuera de la Unión Europea, las solicitudes y requerimientos que le dirigen tanto los afectados como las autoridades competentes en relación con el respeto al derecho de protección de datos, aun cuando dicha colaboración se realice de forma voluntaria.

El TJUE consideró que existía un establecimiento en España en cuanto que el gestor del motor de búsqueda había creado en España la filial Google Spain con el fin de garantizar la promoción y la venta de productos y servicios de publicidad online y la comercialización de esta publicidad, y consideró estas actividades como indisociables de la actividad de Google Inc., en cuanto son indispensables para rentabilizar el motor de búsqueda gestionado por Google Inc.

El TJUE realizó una interpretación extensiva del concepto de establecimiento justificándolo en que el objetivo de la Directiva no es otro que garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, por lo que el concepto no podía ser objeto de una interpretación restrictiva.

El artículo 4, apartado 1 de la Directiva no exigía que el tratamiento de datos personales fuera efectuado por el propio establecimiento, sino que se realizara en “el marco de las actividades” de este. En consecuencia, el TJUE consideró que “el tratamiento de datos personales realizado en orden al funcionamiento de un motor de búsqueda como Google Search, gestionado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado tercero pero que dispone de un establecimiento en un Estado miembro, se efectúa en el marco de las actividades de dicho establecimiento si éste está destinado a la promoción y venta en dicho Estado miembro de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio propuesto por el motor”.

Una vez afirmado que la Directiva y el RGPD se aplican al tratamiento de datos de un motor de búsqueda y que, además, ambos instrumentos son aplicables cuando el gestor de búsqueda crea una filial en un Estado Miembro con el fin de garantizar la promoción y la venta de productos y servicios de publicidad, solo nos queda responder a la pregunta de quién es el responsable de este tratamiento de datos realizado en el marco de la actividad de un motor de búsqueda.

4.3. RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS.

En el asunto que venimos analizando, Google Inc. había designado a Google Spain como responsable del tratamiento en España de varios ficheros inscritos por Google Inc. ante la AEPD, cuyo objeto era almacenar los datos de las personas relacionadas con los clientes de servicios publicitarios que en su día contrataron con Google Inc.²⁰.

De acuerdo al artículo 2, letra d) de la Directiva (y artículo 3, letra d) de la LOPD) y al artículo 4.7 RGPD, se entiende por “responsable del tratamiento” “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”.

El Dictamen 1/2010, sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento” elaborado por el Grupo de Trabajo del artículo 29²¹, señala que el concepto de responsable del tratamiento es un concepto autónomo, en el sentido de que debe interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación comunitaria de protección de datos, y funcional, en el sentido de que su objetivo es asignar responsabilidades en función de la

²⁰ STJUE de 13 de mayo de 2014, as. C-131/12, Google Spain, S.L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González. Apartado 43.

²¹ Grupo de Trabajo del artículo 29, de 16 de febrero de 2010, Dictamen 1/2010, sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento”.

capacidad de influencia de hecho, y, por consiguiente, se basa en un análisis de los hechos más que en un análisis formal.

En relación con la determinación de los fines y los medios, "el hecho de determinar los «fines» del tratamiento trae consigo la consideración de responsable del tratamiento (de facto). En cambio, la determinación de los «medios» del procesamiento puede ser delegada por el responsable del tratamiento en la medida en que se trate de cuestiones técnicas u organizativas. Sin embargo, las cuestiones de fondo que sean esenciales a efectos de la legitimidad del tratamiento - como los datos que deban tratarse, la duración de su conservación, el acceso, etc.- deben ser determinadas por el responsable del tratamiento".²²

Al respecto cabe citar dos sentencias del Tribunal Supremo. La primera, la STS 574/2016, de 14 de marzo de 2016, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que consideró que Google Spain en cuanto establecimiento en España de la sociedad Google Inc., con sede en Estados Unidos, no era corresponsable del tratamiento de datos personales que gestiona Google Inc. a través de su motor de búsqueda en internet.

El tribunal se apoyó en sus argumentos en la STJUE, asunto C-131/12, cuyo fundamento 33 señala que el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de la actividad del motor de búsqueda y del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse "responsable" de dicho tratamiento en virtud del mencionado artículo 2, letra d).

Como recoge el TJUE en el fundamento 46 de la citada sentencia, no está probado que Google Spain realice en España una actividad directamente vinculada a la indexación o almacenamiento de información o de datos contenidos en los sitios de Internet de terceros. Además, la intervención de un representante no altera la titularidad del derecho o condición de obligado ni traslada la responsabilidad del representado al representante.

²² STS 574/2016, de 14 de marzo de 2016, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, FJ

El TS añade que aun en los supuestos en los que exista corresponsabilidad en el tratamiento de datos, no se trata de una responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones, sino que cada responsable lo es de las obligaciones que se derivan de su actividad, lo que tiene una doble consecuencia:

- En primer lugar, “la necesidad de precisar el alcance de la participación en el tratamiento de cada corresponsable, para identificar el alcance de sus obligaciones”²³.
- En segundo lugar, “la exigencia de su cumplimiento ha de efectuarse por el interesado a quien resulte responsable en cada caso, lo que significa que el procedimiento no puede seguirse indistintamente frente a cualquiera de ellos sino que necesariamente ha de identificarse el responsable en cada caso, siendo este el legitimado al efecto”²⁴.

La segunda sentencia es la STS 210/2016 del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, 5 de abril de 2016, que condenó a Google Spain por no retirar del buscador los datos personales sobre un indulto que se concedió al demandante en 1999 por un delito cometido en 1981. En esta ocasión, la Sala consideró que Google Spain era responsable del tratamiento de datos y por tanto, debía indemnizar al reclamante al vulnerar su derecho a la protección de datos personales por no retirar del buscador la información solicitada. La Sala consideró que la solución contraria “supondría, en la práctica, un serio obstáculo para la efectividad de los derechos fundamentales”, pues el afectado tendría que “averiguar, dentro del grupo empresarial titular de un motor de búsqueda, cual es la función concreta de cada una de las sociedades” que en muchos casos es secreto empresarial, además se vería obligado a litigar contra una sociedad (Google Inc), domiciliada en un país extranjero (Estados Unidos) e implicaría elevados gastos y dilaciones.

²³ STS 574/2016, de 14 de marzo de 2016, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, FJ 9.

²⁴ *Ibidem*.

El artículo 22 de la Directiva 95/46 dispone que “los Estados miembros establecerán que toda persona disponga de un recurso judicial en caso de violación de los derechos que le garanticen las disposiciones de Derecho nacional aplicables al tratamiento de que se trate”, y el artículo 23 señala que “los estados miembros dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido”. Además, el tribunal recuerda la sentencia del caso Google Spain en la que se consideró que Google Spain podía ser considerada como responsable del tratamiento de datos, entendido este concepto en un sentido amplio por responder al objetivo de protección eficaz y completa de los derechos fundamentales afectado.

5. EL ALCANCE (EXTRA)TERRITORIAL.

Una vez analizada la aplicación de la Directiva 95/46 y del RGPD al tratamiento de datos realizado por los motores de búsqueda en el marco de un establecimiento situado en un estado miembro, procede analizar el alcance espacial de ambos instrumentos en la relación con el derecho al olvido.

5.1. ANTES DE LA STJUE DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Ni la actualmente derogada Directiva 95/46/CE contenía una referencia expresa al alcance (extra)territorial del derecho al olvido, ni con posterioridad se incorporó dicha previsión al RGPD. Tampoco se pronunció al respecto el TJUE en la sentencia Google Spain. En consecuencia, antes del reciente pronunciamiento del TJUE en el asunto C-507/17 sobre la cuestión del alcance territorial del derecho al olvido, existía un gran debate entre quienes defendían limitar el alcance del derecho al olvido a nivel intra-UE y quienes se posicionaban a favor de establecer un alcance global del mismo.

5.1.1. Limitación del alcance espacial del derecho al olvido intra-UE.

Limitar el alcance espacial del derecho al olvido se traduce en suprimir los enlaces afectados en el dominio local del estado en el que se solicita la desindexación o, con carácter más amplio, en todos los dominios locales europeos.

Quienes se posicionan a favor de limitar el alcance espacial del derecho al olvido argumentan que no cabe pensar que el legislador de un determinado territorio regule el contenido de la red en todo el mundo pues resulta del todo incompatible con la necesidad de respetar la coexistencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos a nivel mundial, así como con el carácter global de Internet (De Miguel Asensio, 2019, p. 5).

De acuerdo a esta tesis, el territorio digital de aplicación del derecho a la desindexación correspondería con territorio de la UE. Se trata de un planteamiento coherente al restablecer un vínculo entre el territorio, los

derechos de los residentes de dicho territorio y las actividades de los motores de búsqueda llevadas a cabo en dicho territorio.²⁵

Además, la fuerza de este planteamiento reside en su coherencia con la naturaleza del derecho al olvido: el derecho al olvido no es un derecho absoluto, sino que debe conjugarse con otros derechos fundamentales. En consecuencia, cabe pensar que el derecho al olvido no se imponga con un alcance global más allá de las fronteras de la UE, pues cada país presenta estándares muy diferentes en la configuración de los derechos fundamentales en sus respectivas legislaciones nacionales.

Entre quienes asumen esta postura cabe destacar a Google, Wikimedia Foundation, Foundation pour la Liberté de Presse..., y gobiernos como el irlandés, griego o polaco.

En relación a la postura asumida por Google, ante una solicitud de retirada de enlaces realizada en un estado miembro, Google procedía a la desindexación de los enlaces afectados en todos los dominios de origen intra-UE/EFTA. De esta forma, cuando un ciudadano francés solicitaba la desindexación de sus datos personales en la versión geográfica francesa del motor de búsqueda, Google practicaba la desindexación de los enlaces afectados respecto de la extensión del nombre de dominio “google.fr”, así como del resto del resto de extensiones de origen intra-UE/EFTA, como por ejemplo, “google.es” o “google.de”. En consecuencia, los vínculos afectados no aparecían en las listas de resultados de dichas extensiones de nombres de dominio, pero por el contrario sí seguían apareciendo en las extensiones de dominio extra-UE/EFTA y en las listas del dominio general “google.com”. Con posterioridad, Google decidió redirigir automáticamente las búsquedas que se efectuaban desde el dominio general (“google.com”) hacia el nombre de dominio del estado desde el que se consideraba que se ha realizado la búsqueda (por ejemplo, “google.fr” en búsquedas realizadas en Francia) gracias al empleo de técnicas de bloqueo geográfico que permiten la identificación de la dirección IP del internauta. Se trata de una medida muy

²⁵ Padova, Yann (2019): Is the right to be forgotten a universal, regional, or ‘glocal’ right?, International Data Privacy Law, Baker and McKenzie.

eficaz pues de acuerdo a la información proporcionada por Google a la AEPD, gracias a la “redirección automática”, menos del 3% de las búsquedas realizadas desde Europa (incluyendo Unión Europea y EFTA) son hechas utilizando extensiones no europeas del motor de búsqueda.

Google también ha puesto a disposición del público una herramienta para solicitar la retirada de enlaces y, tras la Sentencia del TJUE Google Spain, solicitó la elaboración de un informe a un Consejo Asesor²⁶ (en adelante, “Consejo”) formado por expertos independientes con el fin de asesorar a Google acerca de cómo proceder en relación con las peticiones de desindexación tras el pronunciamiento del TJUE. El Consejo elaboró el informe partiendo de la idea de que el pronunciamiento del TJUE no establecía un derecho al olvido con carácter general sino que requería a Google la supresión de los enlaces obtenidos como resultado de una búsqueda realizada a partir del nombre de un individuo cuando los resultados fueran inadecuados, irrelevantes, ya no relevantes o excesivos²⁷.

De acuerdo al informe del Consejo, si bien un alcance universal del derecho al olvido puede proporcionar una protección más completa de los derechos del interesado, es necesario tomar en consideración el resto de intereses en juego, intereses muchas veces contrapuestos, como el derecho de los usuarios situados fuera de la Unión Europea a acceder a la información mediante una búsqueda realizada a partir del nombre de una persona de acuerdo con las leyes de su país que puede llegar a entrar en conflicto con las exclusiones concedidas por la STJUE. Además, dentro de la propia UE, existe el interés de los usuarios que realizan sus búsquedas desde la UE en acceder a versiones del motor de búsqueda diferentes. Tomando en consideración lo anterior, el Consejo apoyó la toma de medidas efectivas para garantizar la protección del derecho a la intimidad y a la protección de datos pero entendiendo que, bajo el criterio de la proporcionalidad y la eficacia práctica, la

²⁶ The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, publicado el 6 de febrero de 2015, The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten.

²⁷ *Ibid.* p. 3.

desreferenciación de las versiones nacionales de los motores de búsqueda dentro de la UE era el alcance apropiado para practicar las desindexaciones.

Además, el Consejo concluyó que a la hora de valorar cada solicitud se deberían analizar cuatro criterios básicos:

1. **Que el afectado sea una persona pública o no.** El Consejo concluye que la eliminación de enlaces con información personal debería realizarse en función de la relevancia social de la persona, estableciendo tres categorías diferentes:
 - a) Figuras públicas como políticos, líderes religiosos... Las solicitudes de desreferenciación realizadas por este grupo tienen menos posibilidades de ser admitidas ya que existe un interés público en la información obtenida a partir de la búsqueda de sus nombres.
 - b) Personas con un rol público en un contexto específico o limitado como directores de colegios, algunos empleados públicos... Para este grupo se establece que la decisión sobre la supresión de un enlace dependerá del tipo de información concreta.
 - c) Individuos sin un papel destacado en la vida pública. Para este grupo se establece un criterio más laxo, de forma que sus solicitudes tienen más posibilidades de obtener la desreferenciación.
2. **La propia naturaleza de la información a desindexar.** Se recoge un listado de información en el que con carácter general prima el derecho a la intimidad sobre el derecho a la información y por tanto las solicitudes de desreferenciación que se refieran a este tipo de información tienen altas probabilidades de prosperar en la mayoría de los casos.
 - a) Información sobre la intimidad de las personas
 - b) Información financiera personal
 - c) Información de contacto o que permita identificar a la persona
 - d) Datos considerados sensibles de acuerdo a la regulación europea
 - e) Información privada sobre menores de edad
 - f) Información falsa, inexacta o que pone a la persona en situación de riesgo.

g) Información que puede aumentar los intereses de privacidad de la persona al aparecer en forma de video o imagen.

- **La entidad de la fuente original que publica la información.** Por ejemplo, si la fuente es una entidad periodística que opera con arreglo a normas y prácticas óptimas periodísticas, habrá un mayor interés público en acceder a la información publicada por esa fuente mediante búsquedas basadas en nombres
- **El tiempo transcurrido desde la publicación.** La información puede ser relevante en un momento y con un cambio de circunstancias dejar de serlo. Este criterio plantea especial problemática en relación la información relativa a la comisión de un delito puede dejar de tener relevancia social en función de la gravedad del delito y del tiempo transcurrido. Sin embargo, el Consejo también consideró que, para determinado tipo de información, existe un interés público permanente siendo el criterio temporal irrelevante como, por ejemplo, información sobre crímenes de lesa humanidad.

Di Pizzo Chiacchio critica la postura adoptada por el Consejo, entendiendo que justificar la eficacia intra-UE esgrimiendo que afirmar que ningún usuario podrá acceder a los vínculos desindexados en las versiones locales es una falacia. Cuando el usuario accede al dominio general de Google Search (“google.com”) es inmediatamente redireccionado a la versión local del motor de búsqueda (“google.es”, “google.fr” ...), sin embargo, ello no impide que un usuario situado en un Estado Miembro pueda acceder a los enlaces desindexados a partir de la versión local del motor de búsqueda de su territorio desde otros países europeos no miembros de la UE e incluso por medio de los dominios de las versiones locales del resto de países extra-UE. Además, un usuario situado en un Estado Miembro podría seguir accediendo a los vínculos desindexados de la lista de resultados del motor de búsqueda a través de otros motores de búsqueda cuyos servicios hayan rastreado, indexado, almacenado y puesto a disposición del usuario enlaces a la misma información publicada por terceros (Di Pizzo Chiacchio, 2018, pp. 217).

5.1.2. Alcance global del derecho al olvido.

Optar por un alcance global o total del derecho al olvido se traduce en la obligación del gestor del motor de búsqueda de retirar los enlaces afectados de los resultados obtenidos en todos los dominios del buscador, incluyendo el dominio general. Quienes se posicionan a favor del alcance mundial alegan que es la única forma de garantizar la efectiva y completa protección de los derechos de los individuos pues retos globales requieren de respuestas globales.

Defendiendo esta postura nos encontramos al Grupo del Artículo 29, a la Comisión Nacional de informática y Libertades de Francia, a los gobiernos francés, italiano y austriaco y a autores como Boix Palop.

El Grupo del Europeo de Autoridades de Protección de Datos (en adelante, "Grupo del Artículo 29"), órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y privacidad creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 96/46/CE, publicó el 26 de noviembre de 2014 las *Directrices Sobre la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto "Google Spain and Inc. contra Agencia Española De Protección De Datos (AEPD) y Mario Costeja González" C-131/12*. En dicho informe abogan por aplicar las decisiones de exclusión de la lista de resultados en todos los dominios relevantes, incluido el dominio ".com", para dar pleno efecto a los derechos de los interesados tal y como han sido definidos por el TJUE, garantizar la efectiva y completa protección de esos derechos y evitar la elusión legislación de la UE²⁸. Consideran que la supresión de los enlaces afectados únicamente en los dominios nacionales no puede considerarse como una medida suficiente para garantizar la protección de datos conforme a la regulación legal.

La posición asumida por las distintas autoridades nacionales de protección de datos, fue un tanto heterogénea. Tras la STJUE en el caso Google Spain, la AEPD mostró sus dudas acerca de la interpretación del

²⁸ Grupo del Artículo 29, 2014, *Directrices Sobre la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto "Google Spain and Inc. contra Agencia Española De Protección De Datos (AEPD) y Mario Costeja González" C-131/12*, 2014, pp

alcance territorial del derecho al olvido y pidió tener en cuenta el origen geográfico de la búsqueda:

“La eficacia que requiere la correcta aplicación de la Sentencia sólo puede alcanzarse si los bloqueos en la lista de resultados del buscador se producen frente a búsquedas realizadas desde el entorno territorial en que resulta de aplicación la Sentencia y la legislación a la que ésta se refiere, entre otras cosas, porque es en este marco territorial donde, como norma general, se produce el impacto de esos resultados sobre los derechos de los interesados como consecuencia de la accesibilidad y disponibilidad universales de determinadas informaciones a través de búsquedas nominativas en el motor de búsqueda”.²⁹

“Esta medida resulta necesaria y proporcionada al fin perseguido, toda vez que sólo pretende el bloqueo de los resultados cuando las solicitudes de búsqueda se producen desde el ámbito territorial en que es de aplicación la Sentencia y la correspondiente legislación y en el que más directamente pueden verse afectados los derechos e intereses de los interesados”.

De forma similar, en Reino Unido, la Information Commissioner’s Office (en adelante, “ICO”) requirió a Google a desindexar los resultados afectados en todas las versiones de Google Search que fueran accesibles desde el Reino Unido.³⁰

Sin embargo, la autoridad francesa de protección de datos, la Commission Nationale Française de l’Informatique et des Libertés (en adelante, “CNIL”) requirió a Google la desindexación global en los dominios de todas las extensiones usadas por Google.

La posición asumida por la CNIL parte de la base de que el motor de búsqueda, aunque posee múltiples vías de acceso técnico, que son sus diversas extensiones nacionales de dominio, realiza un único tratamiento de datos. Llegados a este punto resulta importante aclarar una cuestión técnica: un motor de búsqueda combina varias operaciones de tratamiento de datos

²⁹ AEPD, Expediente N°: E/02887/2015, RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES.

³⁰ ICO, Enforcement notice, 18 de agosto de 2015, Google Inc.

dividas en dos grandes categorías: la primera, consistente en compilar e indexar toda la información accesible al público en la web y la segunda, consistente en responder a las solicitudes individuales de búsqueda para dar resultados a cada solicitud. La primera categoría es sistemática mientras que la segunda es específica y customizada.

Si se entiende que todas las extensiones de dominio (".com", ".ca", ".au"...) se basan en una única operación de tratamiento, cualquier búsqueda realizada desde cualquier país se basa en la misma operación de procesamiento que la búsqueda realizada en Francia (".fr"). En consecuencia, la CNIL tendría competencia sobre búsquedas realizadas desde cualquier extensión del motor de búsqueda porque existe un único tratamiento de datos. Teniendo en cuenta que el motor de búsqueda realiza un único tratamiento de datos y que dicho motor de búsqueda es responsable del tratamiento de acuerdo a la Directiva y al RGPD, todas sus operaciones quedarían sujetas al derecho europeo.

Si por el contrario se considerara que existen dos tratamientos de datos, el primero sistemático (indexación del contenido a la web) que elude parcialmente el derecho europeo de protección de datos (tanto sus disposiciones materiales como territoriales) y el segundo, específico y customizado, que muestra los resultados para los usuarios finales, habría sido posible una respuesta diferenciada y localizada, sin afectar a todas las actividades de indexación de los motores de búsqueda³¹.

Al igual que la CNIL, Boix Palop también se posiciona a favor del alcance global del derecho al olvido. Según este autor, "si existen diferentes ordenamientos y empresas que pueden beneficiarse de unas reglas más generosas frente a otras (algo de lo que google.com trata de premunirse entendiendo que a este buscador se le aplican, en efecto, las más generosas), éstas se encuentran en una posición favorecida a efectos competitivos. En efecto, en el mercado de los buscadores, y desde el momento en que regulaciones diferentes permitan a ciertos buscadores recopilar todos los datos

³¹ Padova, Yann (2019): Is the right to be forgotten a universal, regional, or 'glocal' right?, International Data Privacy Law, Baker and McKenzie.

y resultados mientras otros se vean forzados a eliminar algunos de ellos, los incentivos para que los usuarios, al menos mientras sigan pudiendo acceder a estos últimos, opten por unos y no por otros, son claros” (Boix Palop, 2015, pp. 27, 28).

Si bien comentamos con anterioridad que el Consejo Asesor de Google se posicionaba a favor de limitar el alcance del derecho al olvido, en dicho informe se recoge la opinión particular de Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, miembro del Consejo Asesor de Google, que dista de la opinión mayoritaria del comité. Considera que la sentencia no se refiere expresamente a la cuestión del alcance espacial del derecho al olvido pero, en su opinión, las peticiones de desindexación no deberían quedar limitadas a los dominios europeos, sino que deberían extenderse a todos los dominios. Internet tiene un carácter global y por ello, la protección de los derechos de los usuarios también debe ser global y, dado que residentes de la UE pueden realizar búsquedas a nivel mundial, la UE estaría autorizada para obligar al motor de búsqueda a borrar todos los enlaces de todos sus dominios³².

No hay duda de que optar por un alcance global del derecho al olvido ofrece una mayor protección a los derechos de los individuos. Sin embargo, no son pocas las críticas que se han formulado al respecto:

- i. Un alcance global podría suponer una manifestación de imperialismo jurídico, imponiendo el derecho más allá de las fronteras con los problemas que ello puede acarrear. El diseño constitucional no siempre es el mismo, y por tanto tampoco los estándares aplicables a la protección de los diferentes derechos.³³
- ii. Si cualquier jurisdicción, sea la europea u otra, tuviera derecho a determinar un alcance global de sus decisiones en relación a los motores de búsqueda, estaríamos propiciando la posibilidad de que

³² The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, publicado el 6 de febrero de 2015, The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten

³³ Sarrión Esteve, Joaquin, “Tras la larga sombra de Google Spain. De nuevo sobre el alcance territorial del derecho al olvido”.

países con sistemas poco democráticos aplicaran su censura no ya a nivel nacional, sino también a nivel global³⁴.

- iii. Hay quienes afirman que sería imposible de ejecutar.
- iv. Los tratados se aplican en el territorio de los estados miembros. Un acto unilateral de la Unión Europea no puede crear derechos y obligaciones fuera del territorio. Una decisión así no solo va en contra de los principios de derecho internacional público y de la soberanía del resto de países y podría desembocar en un aumento de la tensión entre distintos estados.

5.2. DESPUÉS DE LA STJUE DE 24 DE SEPTIEMBRE.

5.2.1. Hechos y cuestiones prejudiciales.

Como hemos comentado previamente, tras la estimación de una solicitud de retirada de enlaces, Google procedía a suprimir los enlaces de la lista de resultados obtenida en una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado en todos los dominios de origen intra-UE/EFTA. A pesar de que no se eliminaban en el dominio general ("google.com"), cuando una búsqueda se efectuaba desde el dicho dominio, Google redirigía la búsqueda automáticamente hacia el nombre de dominio del estado desde el que se consideraba que se ha realizado la búsqueda a través de la identificación de la dirección IP del internauta³⁵.

En mayo de 2015, la CNIL requirió a Google para que procediera a desindexar los enlaces afectados no solo en los dominios intra-UE/EFTA sino

³⁴ GOODMAN, Ellen P., 4 de febrero de 2015, "Practical Obscurity and The Right to Be Forgotten: "Pretty Much" Privacy is Enough, Medium, <https://medium.com/@ellgood/practical-obscurity-and-the-right-to-beforgotten-pretty-much-privacy-is-enough-c321bdaffa08> [Acceso 06/03/2020]

³⁵ Durante el procedimiento ante el TJUE Google implantó una nueva configuración en virtud de la cual el nombre de dominio introducido por un internauta ya no determina la versión nacional del motor de búsqueda a la que accede el internauta sino que en todo caso, es redirigido automáticamente a la versión nacional del motor de búsqueda de Google que corresponde al lugar desde el que se considera efectuada la búsqueda, información que Google obtiene mediante un proceso de geolocalización.

en todas las extensiones del nombre de dominio de Google Search³⁶ al entender que, de lo contrario, se estarían vulnerando los artículos 38 y 40³⁷ de la Ley nº 78-17, de 6 de enero de 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (en adelante "Ley de 6 de enero de 1978"), ley que transpone al ordenamiento jurídico francés la Directiva 95/46. Ante la negativa de Google a suprimir los enlaces afectados respecto de todas las extensiones del nombre de dominio de su motor de búsqueda, la CNIL incoó un procedimiento sancionador contra Google por el que se acordó la imposición de una sanción de 100.000 euros³⁸. Google impugnó la resolución ante el Conseil d'État (Consejo de Estado actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) alegando que la autoridad francesa se había extralimitado en la aplicación de la ley francesa.

El Conseil d'État elevó al TJUE una petición de decisión prejudicial sobre tres cuestiones fundamentales en relación al alcance territorial del derecho al olvido. Las mismas pueden resumirse en:

- 1) Si el gestor de un motor de búsqueda que estima una solicitud de retirada de enlaces está obligado a proceder a desindexación de los datos afectados **en la totalidad de los nombres de dominio de su motor.**
- 2) En caso de respuesta negativa a la anterior cuestión, si el gestor de un motor de búsqueda que estima una solicitud de retirada de enlaces está obligado a suprimir los enlaces controvertidos de los resultados obtenidos tras una búsqueda realizada a partir del nombre del **solicitante en el nombre de dominio del Estado en el que se presenta la solicitud o en los nombres de dominio del conjunto de los Estados miembros.**
- 3) Si, con independencia del nombre de dominio empleado por el internauta, el gestor de un motor de búsqueda que estima una solicitud de retirada de enlaces está obligado a suprimir los resultados

³⁶ CNIL, 21 de mayo de 2015, Decisión de la CNIL 2015-047.

³⁷ Transposición de los art. los art. 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE.

³⁸ CNIL, 10 de marzo de 2016, Deliberación de la CNIL 2016-054.

controvertidos obtenidos tras una búsqueda realizada a partir del nombre del solicitante **desde una dirección IP supuestamente localizada en el Estado de residencia del solicitante o en uno de los Estados miembros (técnica del “bloqueo geográfico”)**.

5.2.2. Las conclusiones del Abogado General.

El Abogado General Szpunar consideró que no deberían retirarse los enlaces de los resultados obtenidos tras efectuar una búsqueda a partir del nombre de una persona cuando esta búsqueda se haya realizado desde fuera del territorio de la UE. Sin embargo, dejó abierta la posibilidad de que existan situaciones en las que el interés de la Unión Europea exija aplicar las disposiciones de la Directiva 95/46 más allá del territorio de la UE, de forma que se le pueda exigir a Google llevar a cabo actuaciones a nivel mundial.

Los argumentos del Abogado General Szpunar pueden resumirse en:

- 1) Los artículos 52.1 y 355 TFUE determinan al ámbito de aplicación de los tratados, fuera del cual no cabe crear derechos ni obligaciones.
- 2) Es cierto que en algunos ámbitos del Derecho de la UE³⁹ existen supuestos de aplicación extraterritorial de las normas. Sin embargo, son situaciones con un marcado carácter excepcional que encuentran su justificación en el efecto que producen en el mercado interior. Por el contrario, Internet es un fenómeno global en el que no cabe trazar fronteras y, por tanto, no tendría sentido la aplicación extraterritorial del derecho al olvido.
- 3) En la sentencia Google Spain, el Tribunal de Justicia atribuyó gran importancia a la ponderación del derecho a la protección de los datos y del derecho a la vida privada, por un lado, consagrados en los artículos 7 y 8 CDFUE, y, por otro lado, el interés legítimo del público en acceder a la información buscada, consagrado en el art. 11 CDFUE. Si bien dicha ponderación no se discute, al parecer del Abogado General es necesario que exista un “vínculo

³⁹ Como el derecho de la competencia o el derecho de marcas.

de conexión” con el Derecho de la Unión y su territorio. El interés legítimo del público en acceder a la información debe entenderse en el sentido de que el público al que se está aludiendo no es el público mundial, sino el comprendido en el ámbito de aplicación de la CDFUE, es decir, el público europeo.

- 4) Si se aceptara la retirada de enlaces a nivel global, “las autoridades de la Unión no podrían definir ni determinar un derecho a recibir información y, aún menos, ponderarlo con los derechos fundamentales a la protección de los datos y a la vida privada”. Existiría “el riesgo de que la Unión impidiera a personas que se encuentran en un tercer país acceder a información”. En consecuencia, terceros países podrían ordenar una retirada de información al amparo de sus propias leyes.

En relación a la segunda cuestión prejudicial, el Abogado General plantea proceder a la retirada enlaces a nivel de la Unión Europea⁴⁰. Una retirada de enlaces a nivel nacional iría en contra del objetivo de armonización de la Directiva 95/46 e impediría asegurar un alto nivel de protección dentro de la Unión. Además, esta cuestión deja de plantear dudas desde la entrada en vigor del RGPD que al ser un instrumento directamente aplicable pretende instaurar un sistema completo de protección de datos personales en la UE.

Respecto a la tercera cuestión prejudicial, el Abogado General Szpunar señaló que el gestor de un motor de búsqueda debe “adoptar todas las medidas posibles desde el punto de vista técnico para garantizar una retirada eficaz y completa”. Y añade: “en particular, la técnica del bloqueo geográfico desde una IP supuestamente localizada en uno de los estados miembros sujetos a la directiva, con independencia del nombre de dominio que utilice el internauta”.⁴¹ Mediante esta técnica se limita el acceso al contenido publicado en internet en función de la localización geográfica del usuario por lo que

⁴⁰ STJUE as. C-507/17, Apartado 75

⁴¹ *Íbid*, apartado 71

admitido el bloqueo geográfico, el nombre de dominio del gestor del motor de búsqueda que se utilice carece de dominio.⁴²

En definitiva, la solución propuesta por el Abogado General se traduce en una “extraterritorialidad mitigada”⁴³ del alcance espacial del Derecho de la Unión Europea en relación al derecho al olvido: el Derecho de la UE se puede aplicar a gestores de motores de búsqueda localizados en un tercer país de acuerdo al artículo 3, apartado 2, del RGPD pero, en principio, solo se les puede imponer la retirada de enlaces afectados por el derecho al olvido en relación a las búsquedas efectuadas desde un lugar situado en la Unión Europea.

5.2.3. La sentencia del TJUE.

En líneas generales, el TJUE comparte la interpretación hecha previamente por el Abogado General. Según el TJUE, el gestor de un motor de búsqueda que estime una solicitud de retirada de enlaces no está obligado, con arreglo al Derecho de la Unión, a proceder a dicha retirada en todas las versiones de su motor de búsqueda. En principio, la retirada de enlaces de que se trate deberá verificarse en todos los Estados miembros, pues ello se deduce del hecho de que el legislador europeo haya decidido establecer un instrumento de aplicación directa en todos los estados miembros, como el RGPD.

El TJUE, al igual que el Abogado General, matiza esta regla general y añade que, si bien el derecho de la Unión no exige suprimir los enlaces afectados en todas las versiones del motor, tampoco lo prohíbe. Por tanto, se deja abierta la posibilidad de que una autoridad de control o judicial de un Estado miembro pueda exigir al gestor del motor de búsqueda que proceda a retirar los enlaces de todas las versiones de dicho motor⁴⁴ si de acuerdo a los estándares nacionales de protección y la ponderación entre el derecho de protección de datos y el derecho de respeto a la vida privada del interesado,

⁴² *Íbid*, apartado 72

⁴³ Moura Vicente, Dario. ¿Aplicación extraterritorial del derecho al olvido en internet?

⁴⁴ *Íbid*. apartado 72.

por un lado, y el derecho a la libertad de información, por otro, se estima necesario.

Los argumentos empleados por el TJUE se pueden resumir en:

- a) El acceso de los internautas, en especial de los que se encuentran fuera de la Unión, a un enlace que contiene información sobre una persona cuyo centro de interés está situado en la Unión puede tener sobre ella efectos inmediatos y sustanciales en la propia Unión. Ello podría justificar que el legislador de la Unión fuera competente para imponer al gestor de un motor de búsqueda la retirada de los enlaces afectados de todas las versiones de su motor, dado que muchos terceros Estados no contemplan el derecho a la retirada de enlaces o lo abordan desde una perspectiva diferente.⁴⁵
- b) El derecho al olvido no es un derecho absoluto: el derecho al olvido debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales. En concreto, debe existir un equilibrio entre los derechos al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales, por un lado, y la libertad de información de los internautas, por otro. Sin embargo, este equilibrio puede diferir significativamente en las distintas partes del mundo.
- c) De los artículos 12, letra b) y 14 párrafo primero, letra a) de la Directiva 95/46 y del artículo 10 del RGPD no se desprende que el legislador de la UE haya optado por atribuir a los derechos consagrados en estas disposiciones un alcance más allá del territorio de los estados miembros⁴⁶.

Además, el TJUE señala que “corresponde al gestor del motor de búsqueda adoptar, en caso necesario, medidas suficientemente eficaces para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales del interesado. Esas medidas deben respetar en sí todas las exigencias legales y deben tener como efecto impedir o, al menos, dificultar seriamente a los internautas de los

⁴⁵ Íbid apartado 57 y 58.

⁴⁶ Íbid apartado 61.

Estados miembros el acceso a los enlaces de que se trate mediante una búsqueda efectuada a partir del nombre del interesado”.

5.3. ANÁLISIS DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE.

1. Se debilita la protección del derecho al olvido en cuanto se permite que los internautas que realizan búsquedas fuera de la unión puedan seguir accediendo a la información.

El fallo del tribunal implica que, con carácter general, se deben suprimir los enlaces intra-UE (como “.fr”, “.es” o “.de”) pero no los enlaces de la extensión del dominio general (”.com”) ni de los dominios extra-UE (como “.au” o “.ca”). En consecuencia, cuando un individuo residente en un estado miembro solicite la retirada de enlaces, los enlaces afectados seguirán siendo accesibles para cualquier persona localizada fuera de la Unión e incluso para una persona localizada en la propia UE si no se emplean técnicas como el bloqueo geográfico que impidan acceder a dicha información aun utilizando extensiones de dominios extra-UE. De hecho, aun con el empleo de este tipo técnicas, no sería difícil eludir dichas medidas, mediante del uso de redes privadas virtuales o la petición a un internauta localizado en un tercer país para que realice la búsqueda.

A pesar de lo anterior, como se ha comentado previamente, el Tribunal ha admitido que el acceso a un enlace que remite a información sobre una persona cuyo centro de intereses se encuentra en la UE puede tener sobre ella efectos inmediatos y sustanciales dentro de la UE, lo que podría llevar a obligar a los gestores de un motor de búsqueda la desreferenciación en todas las versiones del motor de búsqueda.

2. Las implicaciones de la decisión del TJUE van más allá del establecimiento de un límite territorial al derecho al olvido.

El fallo del TJUE se espera que tenga grandes implicaciones en la regulación legal de Internet a nivel global. A falta de estándares internacionales en la materia, algunos países se anticipan intentando aplicar su normativa con un alcance global y extendiendo universalmente sus propias normas de

privacidad para garantizar la plena protección de los derechos de sus ciudadanos en el tratamiento de datos personales.

Además, otro aspecto significativo de la sentencia con una posible importante repercusión en relación al alcance extraterritorial del RGPD, más allá del derecho al olvido, es la afirmación del TJUE de que el artículo 17 del RGPD en ningún caso se desprende que el legislador haya optado por conferirle un alcance que vaya más allá del territorio de los estados miembros.⁴⁷ Sin embargo, parece que el tribunal no tuvo en cuenta la intención del legislador europeo de conferir, con carácter general, un alcance extraterritorial al RGPD, tal y como se desprende del art.3, apartado 2 del RGPD.

3. Se deja en manos privadas la ponderación de derechos fundamentales.

Los motores de búsqueda han pasado de ser un mero intermediario a desempeñar un papel activo en la garantía del control de las personas sobre sus derechos digitales⁴⁸ y en la ponderación de los intereses en conflicto en cada caso.

Como señala Alice Pease, aunque los motores de búsqueda actúan bajo la supervisión de las autoridades nacionales de protección de datos, en la práctica son ellos quienes deciden si la información debe o no ser desvinculada del nombre de una persona. Además, añade esta autora, la evaluación de los derechos de privacidad y libertad de información no es una tarea fácil. Exigir a una empresa con ánimo de lucro que lleve a cabo la evaluación de valores jurídicos y éticos puede resultar problemático y más, aun teniendo en cuenta que el fallo del TJUE no proporciona directrices claras sobre cómo se deben equilibrar los derechos en juego⁴⁹.

⁴⁷ *Íbid.* apartado 62.

⁴⁸ A. Pease, 2015, "The "right to be forgotten": Asserting control over our digital identity or re-writing history? The case of Google Spain and Google Inc. v. AEPD & Mario Costeja González". En <https://citizenrights.euroalter.com/>

⁴⁹ *Íbidem*, p. 9.

Resulta cuanto menos sorprendente que se atribuya al buscador la responsabilidad de realizar esta ponderación y que deba hacerlo de forma independiente a la que realice la fuente original, no solo porque es quien peor situado está para realizar este juicio de valor, sino porque no deja de ser incongruente con el régimen de responsabilidad de los intermediarios de servicios de la sociedad de la información que pivota sobre el concepto del “conocimiento efectivo”, “conocimiento efectivo” que está vinculado a la ilicitud de los datos o a que se hubiera declarado la existencia de la lesión, lo cual parece que debería corresponder a la autoridad de control de protección de datos o a los jueces.⁵⁰

4. Al permitir que las autoridades nacionales realicen sus propias ponderaciones de derechos empleando los estándares nacionales, la armonización de la protección de datos se ve afectada.

El RGPD se adoptó con el fin de asegurar un nivel protección equivalente para todos los ciudadanos de la UE, reduciendo las diferencias existentes entre los distintos estados miembros en la aplicación de las normas relativas a la protección de datos. Gracias a la naturaleza del Reglamento, directamente aplicable en los Estados Miembros, se consigue una aplicación más coherente y homogénea de las normas de protección de estos derechos y libertades fundamentales en toda la Unión. No obstante, en ocasiones los reglamentos permiten un cierto margen a los estados para apartarse del estándar legal, poniendo en cuestión el logro de una armonización plena.

El TJUE considera que el interés del público en acceder a una información puede variar incluso dentro de la Unión, de un Estado miembro a otro, de forma que el resultado de la ponderación que debe llevarse a cabo entre los distintos derechos en juego puede variar entre los Estados miembros. Además, el Tribunal afirmó en la sentencia que corresponde a los Estados miembros establecer, en particular para los tratamientos realizados exclusivamente con fines periodísticos o con fines de expresión artística o literaria, las exenciones y excepciones necesarias para conciliar esos derechos

⁵⁰ Alvarez Rigaudias, Cecilia, 3 de septiembre de 2014, Sentencia Google Spain y derecho al olvido, Actualidad jurídica Uría Menendez 110-118.

con, entre otras cosas, la libertad de información⁵¹. En consecuencia, los Estados Miembros pueden adoptar enfoques diferentes en relación con dichas excepciones, lo que podría repercutir negativamente en la armonización de la legislación europea en materia de protección de datos.

En el caso de procesos transfronterizos, El TJUE señala que el RGPD proporciona a las autoridades de control de los Estados Miembros los instrumentos y mecanismos que les permiten cooperar para alcanzar una decisión única vinculante para todas las autoridades nacionales⁵². La eficacia de esos mecanismos de cooperación entre los Estados miembros será por tanto fundamental para abordar las potenciales cuestiones de fragmentación que pueden derivarse de dejar en manos de las autoridades judiciales y de control de los estados miembros la ponderación de los derechos de acuerdo a la configuración de los mismos en las respectivas normas nacionales.

A la incertidumbre jurídica se añade la declaración del TJUE de que el Derecho de la Unión no prevé actualmente tales instrumentos y mecanismos de cooperación en lo que se refiere al alcance de la retirada de enlaces fuera de la Unión. Hasta que esto ocurra, los gestores de los motores de búsqueda y los titulares de los datos seguirán enfrentándose a la incertidumbre jurídica y a la imprevisibilidad que ello genera.

En este caso, el TJUE consideró necesario dar a los Estados miembros la flexibilidad necesaria para llevar a cabo su propia ponderación de intereses y derechos utilizando sus propias normas nacionales. El grado de divergencia que ello introducirá aún no se conoce, pero el potencial de disonancia es cuanto menos significativo.

Hay más ejemplos a lo largo del RGPD de la potencial fragmentación de la protección de datos como, por ejemplo, la facultad de los Estados Miembros de establecer, en virtud de la legislación nacional, una edad de consentimiento diferente para un niño que utilice servicios en línea⁵³.

⁵¹ STJUE as. C-507/17, Apartado 67.

⁵² *Ibid.* apartado 63.

⁵³ Artículo 8 del RGPD.

6. EL DERECHO AL OLVIDO FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Como hemos anticipado previamente, no existe un derecho al olvido reconocido a nivel mundial sino que el derecho al olvido presenta un alcance muy diferente en función del país en el que se regula. En este epígrafe analizaremos como distintos países han abordado la cuestión del derecho al olvido y su alcance territorial.

6.1. ESTADOS UNIDOS.

Estados Unidos fue el país donde, por primera vez, se sentaron las bases de un verdadero derecho a la intimidad de la persona gracias al artículo de Samuel Warren y Louis Brandeis "The right to privacy" (1980), además de ser uno de los primeros países donde se resolvió un caso de derecho al olvido con carácter previo a la era digital: el Caso Melvin v. Reid, en el que una mujer que había ejercido la prostitución y había sido juzgada y absuelta por un delito de asesinato, había cambiado totalmente su vida, mudándose a otra ciudad y formado una familia. Años más tarde, su historia se llevó al cine con la película The Red Kimono. La película, anunciada como basada en hechos reales, relataba todos los hechos ocurridos y usaba los nombres reales de los personajes. Tras la demanda de la mujer, el Tribunal consideró que el uso del nombre real de la mujer junto con la divulgación de los sucesos de su vida constituía una violación de la privacidad, y que las personas debían tener derecho a olvidar y ser perdonadas. Este pronunciamiento constituye un auténtico reconocimiento judicial al derecho al olvido en el que se declara que los hechos del pasado que dejan de tener relevancia para el interés público presente pueden ser olvidados, lo cual no deja de ser la base del derecho al olvido digital reconocido hoy en día en el RGPD.

Sin embargo, el desarrollo de la materia de la privacidad y la protección de datos no ha alcanzado el nivel existente en la Unión Europea a día de hoy. A diferencia de lo que ocurre en Europa, en Estados Unidos, el derecho a la protección de datos carece de rango de derecho fundamental y su problemática se aborda desde el punto de vista del derecho de defensa y de la competencia. El derecho a la privacidad y a la protección de datos no se reconoce de forma expresa en la Constitución, sino que se encuentra implícitamente reconocido

por la jurisprudencia. En consecuencia, la protección a la privacidad que se garantiza es bastante más débil⁵⁴.

En 2010, los tribunales del estado de California, a pesar de tener la oportunidad, se negaron a reconocer el derecho al olvido en el ámbito digital cuando un hombre solicitó el reconocimiento de dicho derecho para su hijo, recientemente fallecido. El joven había sido noticia como consecuencia de unos fuertes disturbios que terminaron con su expulsión del equipo de fútbol de la universidad. Poco más tarde, el joven falleció en un accidente. Su padre solicitó la desindexación de la noticia, alegando que tras el fallecimiento de su hijo la noticia carecía de relevancia e interés público y causaba un gran perjuicio para la familia. El editor del diario se negó, alegando que la información publicada era de interés público y, finalmente, la Corte dio la razón al medio de comunicación, pues este tipo de peticiones no dejan de ser vistas en Estados Unidos como una limitación a la libertad de prensa.

Son varias las diferencias entre el sistema estadounidense y el europeo que dificultan la configuración de un derecho al olvido al otro lado del Atlántico. Entre ellas, cabe destacar que en EEUU, a diferencia de lo que ocurre en Europa, el interés público de la información no desaparece con el paso del tiempo, por lo que las historias que sean verídicas siempre estarán protegidas por el interés público a la información. Además, a diferencia de lo que ocurre en Europa, los motores de búsqueda no son responsables de la información que almacenan, y, en consecuencia, las peticiones deben dirigirse directamente a la eliminación de la información de la fuente de origen.

A día de hoy, podemos afirmar que en Estados Unidos sigue sin existir un auténtico derecho al olvido digital. En 2015, se aprobó en California una ley⁵⁵ que permite a los menores de 18 años borrar de forma permanente toda la información que hayan publicado en las redes sociales. No obstante, este derecho no lo es a desindexar información ni tampoco es aplicable fuera del ámbito de las redes sociales. Por otro lado, en 2017, se presentó una

⁵⁴ Hay autores como James Q. Whitman que niegan que la protección sea más débil en EEUU, sino que tan solo es diferente.

⁵⁵ California Senate Bill 568 2013

propuesta legislativa al Senado en el estado de Nueva York con el propósito de consagrar un verdadero derecho al olvido. Sin embargo, la configuración de tal derecho podría no solo entrar en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Suprema relativa a la privacidad⁵⁶, sino incluso llegar a plantear problemas de constitucionalidad al suponer una violación de la Primera Enmienda Constitucional que reconoce la libertad de prensa y expresión y proscribiera expresamente que el Congreso adopte cualquier ley que limite la libertad de expresión⁵⁷. A tal efecto, son varias las sentencias de los tribunales federales que declaran que los listados de enlaces presentados por Google se encuentran protegidos por la libertad de expresión (*Search King, Inc. v. Google Technology, Inc.*, *Langdon v. Google* y *Zhangetal. v. Baidu.com Inc.*).

6.2. CANADA

Con anterioridad al pronunciamiento del TJUE, la *Supreme Court of Canada* ya se había pronunciado contra Google en relación al alcance territorial de la desindexación digital. Si bien, el supuesto de hecho era completamente diferente a la aplicación del derecho al olvido, resulta interesante analizar la decisión tomada por el tribunal sobre el alcance territorial de una desindexación de enlaces. En este caso, se requirió a Google para que procediera a desindexar las páginas webs usadas por una empresa distribuidora que ilícitamente vendía online una serie de productos cuya venta se había prohibido al haberse apropiado esta última de información confidencial de un competidor sobre el diseño y fabricación de los productos.

La solución sobre el ámbito de aplicación de la desindexación de la *Supreme Court of Canada* dista, a priori, de la solución recientemente adoptada por el TJUE. El tribunal dictaminó que Google debía proceder a la

⁵⁶ Según la doctrina de la Corte Suprema, una información que es pública, nunca más puede volver a ser privada, y una persona que se ha convertido en personaje público, por cualquier motivo, no puede volver a solicitar un nivel de protección de su privacidad que sea comparable al de las personas privadas.

⁵⁷ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances".

desindexación de la información afectada en todos los lugares donde Google operara pues limitar el alcance territorial de la medida haría imposible asegurar la finalidad de la misma que no era otra que evitar un daño irreparable. Quizás esta diferencia se explica por los diferentes supuestos de hecho de los que se parte. En este caso, el tribunal no tuvo que realizar una ponderación entre derechos fundamentales al no existir una colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información. Por el contrario, se tuvieron en consideración los derechos de propiedad intelectual, la actuación ilícita del demandado y el daño irreparable causado por dicha actuación ilícita.

En relación a la previsión legal de un auténtico derecho al olvido, aún no se ha configurado un derecho como tal. Sin embargo, diferentes decisiones judiciales han puesto de manifiesto que el reconocimiento de un derecho al olvido por los tribunales canadienses es tan solo una cuestión de tiempo⁵⁸.

6.3. NUEVA ZELANDA

En 2015 se aprobó la Harmful Digital Communications Act (en adelante, "HDCA") en la que, si bien no se contempla un verdadero derecho al olvido, se recoge la posibilidad de poner en conocimiento de una agencia específicamente designada a los efectos de la norma la existencia de un daño para que esta pueda asistir al afectado, investigar la reclamación y contactar con motor de búsqueda de que se trate. También se contempla la opción de exigir la emisión de una orden a una District Court para que retire o suprima el enlace al contenido publicado que provoca el daño.

En este caso, se requiere cumplir una serie de requisitos: a) la agencia tiene que haber evaluado la reclamación del afectado; b) debe haber una amenaza de incumplimiento grave o una infracción grave y reiterada e los principios de la comunicación recogidos en la norma; y c) debe haberse producido o al menos ser probable que se produzca un daño que genere una grave angustia emocional. A diferencia de la regulación europea, el afectado

⁵⁸ Kootnekoff, Susan (29 noviembre de 2019). "Canadian may soon have "right to be forgotten". The Daily Courier. Disponible en <http://www.kelownadailycourier.ca>.

debe probar que la supresión de los enlaces que solicita le provoca o podría provocarle un daño emocional que solo podría apreciarse indagando en su esfera subjetiva más íntima. La supresión de enlaces se proyecta únicamente sobre la extensión de dominio neozelandesa del motor de búsqueda. Además, el tribunal debe observar el conjunto de circunstancias para determinar la necesidad de la medida: el contenido de la comunicación, la finalidad del comunicador, la edad del afectado, el grado de interés público de la información... en consecuencia la decisión de suprimir los enlaces afectados tiene un carácter de última ratio.

Otra solución planteada por Nueva Zelanda para compatibilizar el derecho a la intimidad y a la protección de datos junto con la libertad de información es la reclasificación. En lugar de suprimir los enlaces afectados, se requiere a Google para que en enlace afectado deje de aparecer en los primeros resultados de la búsqueda, de forma que solo los internautas que dediquen el tiempo y esfuerzo suficiente accedan al mismo.

6.4. COREA DEL SUR

En 2011, se promulgó la Ley De Protección de Información Personal, que convirtió el sistema surcoreano de protección de datos en uno de los sistemas más estrictos del mundo. Esta ley no aborda de forma clara su ámbito de aplicación territorial, sin embargo, existe un amplio consenso sobre su aplicación a las empresas tanto coreanas como aquellas establecidas en el extranjero que procesan información personal en Corea del Sur.

Corea del Sur fue uno de los primeros países en debatir la configuración de un "derecho al olvido". En 2016, la Comisión de Comunicaciones de Corea del Sur publicó las "Directrices sobre el derecho a solicitar restricciones de acceso a la publicación personal en Internet" (en adelante, "Directrices"), que permiten a los ciudadanos solicitar la eliminación de los enlaces afectados a los motores de búsqueda. Sin embargo, hay ciertos casos en que dicho derecho se encuentra limitado, como cuando el mantenimiento de la información personal es obligatorio por ley. Las directrices también permiten que el interesado

nombre a un familiar para que pueda ejercer en su nombre el derecho al olvido tras el fallecimiento de éste.

6.5. INDIA

En enero de 2017, el Tribunal Superior de Karnataka confirmó el derecho al olvido en un caso en el que una mujer acudió a los tribunales para anular un certificado de matrimonio, alegando que nunca había estado casada con el hombre que aparecía en el certificado. En concreto, el padre de la mujer quiso que el nombre de su hija fuera eliminado de los motores de búsqueda en relación con los resultados sobre casos penales del Tribunal Superior. El Tribunal Superior de Karnataka aprobó la solicitud del padre, confirmando el derecho al olvido de la mujer.

El artículo 27 de la Ley de Protección de Datos Personales de 2018 introduce el derecho al olvido en la India. Según este artículo, todo usuario tendrá derecho a restringir o impedir la divulgación continuada de sus datos personales por parte de cualquier responsable de datos si dicha divulgación cumple al menos una de las tres condiciones establecidas: la divulgación de datos personales i) finalizó el propósito para el que se hizo o ya no es necesaria; o ii) se hizo sobre la base del consentimiento del principal de los datos y dicho consentimiento ha sido retirado desde entonces; o iii) se hizo en contra de las disposiciones de la Ley de Datos Personales o de cualquier otra ley vigente.

El alcance del derecho al olvido contemplado en el RGPD es más amplio que el recogido en artículo 27 de la Ley de Protección de Datos Personales. En virtud del RGPD, los interesados pueden exigir al responsable del tratamiento que borre todos los datos personales que le conciernen y que obren en poder de dicho responsable sin demora injustificada. Sin embargo, bajo la ley india, los responsables de los datos sólo pueden restringir o impedir la divulgación continuada de los datos personales, no pudiendo exigir al responsable de datos la supresión por completo de los datos personales. Para poder ejercer el derecho al olvido se tendrá en cuenta a) el carácter delicado de los datos personales; b) la envergadura de la divulgación y el grado de accesibilidad que

se pretende restringir o impedir; c) la función del principal de los datos en la vida pública; d) la pertinencia de los datos personales para el público; y e) la naturaleza de la divulgación y de las actividades del responsable de datos, en particular si el responsable de datos facilita sistemáticamente el acceso a los datos personales y si las actividades se verían considerablemente obstaculizadas si se restringieran o impidieran las divulgaciones de la naturaleza pertinente.

7. CONCLUSIONES

Del estudio pormenorizado realizado en este trabajo se pueden extraer varias conclusiones:

1. Internet ha generado grandes ventajas para los ciudadanos en la comunicación, en el acceso a la información... Sin embargo, también ha generado (y generará) grandes quebraderos de cabeza relativos a la regulación de nuevos fenómenos y problemas derivados del imparable desarrollo de las tecnologías. El derecho al olvido es uno de ellos.
2. La limitación de la difusión de información personal en determinados supuestos, como contempla legislación europea, resulta indispensable para garantizar una protección completa al derecho a la intimidad y a la privacidad en el tratamiento de datos.
3. El derecho al olvido no se encuentra previsto en todos los ordenamientos jurídicos y en aquellos en los que se regula presenta una protección muy dispar. Ante este escenario, una cuestión fundamental era, por tanto, delimitar el alcance territorial del derecho al olvido en la regulación europea. En esta cuestión el papel del TJUE era trascendental: al ser un órgano jurisdiccional con jurisdicción en un gran número de países, sus decisiones poseen la fuerza suficiente para servir de precedente a nivel internacional e influir en la regulación de la materia a nivel mundial.
4. El TJUE podía optar entre dos posiciones enfrentadas: dotar al derecho al olvido de un alcance global, obligando a los motores de búsqueda a desindexar los enlaces afectados en todos los dominios del buscador o limitar el alcance del derecho al olvido al ámbito intra-UE.

5. Del estudio pormenorizado de la STJUE C-507/17, se puede concluir que el TJUE ha optado por otorgar al derecho al olvido un alcance territorial limitado a las versiones del motor de búsqueda correspondientes a los Estados Miembros pero dejando abierta la posibilidad a un alcance extraterritorial, más allá de las fronteras de la UE, cuando las autoridades de control o judicial de un Estado Miembro conforme a los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales exijan al motor de búsqueda retirar los enlaces de todas las versiones de dicho motor.
6. Podemos calificar la posición asumida por el TJUE de ecléctica. Regular el derecho al olvido otorgándole un alcance extraterritorial universal e indiscriminado no parece que fuera lo más adecuado como hemos analizado en este trabajo, principalmente, porque ello conllevaría que decisiones de censura tomadas en otros países podrían afectar a la difusión de información en la UE. Regular el derecho al olvido optando por un alcance territorial limitado en todo caso a los Estados Miembros, otorgaría una protección vacía de contenido en no pocas ocasiones.
7. La decisión tomada por el TJUE parece adecuada ya que no supone una injerencia directa en los ordenamientos jurídicos internacionales y logra el fin primordial de ofrecer una protección completa y eficaz del derecho a la intimidad en el tratamiento de datos personales al no prohibir la desindexación a nivel mundial y dejar abierta la posibilidad de que los Estados Miembros consideren necesario retirar a nivel global los enlaces de acuerdo a sus estándares nacionales.
8. La UE junto con otros países como Corea del Sur, ha sido pionera a la hora de ofrecer una protección íntegra en relación al tratamiento de datos personales. Sin embargo, aún existen un gran número de ordenamientos jurídicos que deben dar respuesta a los problemas que suscita la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías y para

los que la decisión el TJUE puede ser, en cierto modo, orientativa sobre la forma en la que de orientar sus legislaciones.

9. Ante esta disparidad existente en los diferentes ordenamientos jurídicos, sería conveniente un acuerdo multilateral que involucrara al mayor número posible de países con el fin de fin de extender la protección del derecho al olvido y reducir la inseguridad jurídica que genera esta materia.

10. Los motores de búsqueda tienen un elevado poder a la hora de ponderar los derechos en juego en cada caso. Por ello, y ante la falta de un consenso internacional, la autorregulación por parte de los motores de búsqueda puede llegar a ser una solución eficaz al problema del alcance territorial del derecho al olvido. Ya vimos como Google antes de la decisión del TJUE sobre el alcance territorial del derecho al olvido procedía a eliminar los enlaces afectados no solo de los dominios intra UE, sino también del dominio general (.com). Si los motores de búsqueda adoptaran políticas exigentes en relación al derecho al olvido, sería posible asegurar una protección eficaz. Sin embargo, no parece lo más adecuado dejar en manos privadas la armonización de la protección del derecho al olvido a nivel internacional.

BIBLIOGRAFIA

Libros, informes y referencias procedentes de internet

- ACCESS NOW (2016): Understanding the right to be forgotten globally.
- AEPD (2015): Expediente Nº: E/02887/2015, RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES.
- AEPD (2020): Derecho de supresión ("al olvido"): buscadores de internet.
Disponible en <https://www.aepd.es>
- ÁLVAREZ CARO, María (2015): Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital. Editorial Reus.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2017): Derecho de supresión de datos o derecho al olvido. Colección jurídica general, Monografías.
- BOIX PALOP, ANDRÉS (2015): El equilibrio entre los derecho del art. 18 de la Constitución, el "derecho al olvido" y las libertades informativas tras la sentencia Google. Reviste General de Derecho Administrativo, editorial Iustel, Nº 38.
- CNIL (21 de mayo de 2015): Decisión de la CNIL 2015-047.
- CNIL (10 de marzo de 2016): Deliberación de la CNIL 2016-054.
- CONSEJO DE EUROPA: Resolución 22/1973.
- CONSEJO DE EUROPA: Resolución 29/1974.
- COMISIÓN EUROPEA (2010): comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea. Com.(2010) 609 (2010)
- Conseil d'État (19 de julio de 2017): Decisión del Conseil d'État n. 3999922.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2019): Ámbito espacial del derecho al olvido. Las conclusiones en el asunto 507/17, Google. Lay Ley Unión Europea. Número 67, pp. 1-6.
- DE TERWANGNE, Cécile (2012): Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC. Número 13.

- DI PIZZO CHIACCHIO, Adrián (2018): La expansión del derecho al olvido digital. Efectos de “Google Spain” y el Big Data e implicaciones del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos.
- GONZALEZ SAN JUAN, Jose Luis (2019): El derecho al olvido en España y en la UE. *Ibersid.* 13:2, 57-63.
- GOODMAN, Ellen P (2015): "Practical Obscurity and The Right to Be Forgotten: "Pretty Much" Privacy is Enough. Medium, <https://medium.com/@ellgood/practical-obscurity-and-the-right-to-beforgotten-pretty-much-privacy-is-enough-c321bdaffa08>.
- GRUPO DEL ARTÍCULO 29 (2014): Directrices Sobre la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto “Google Spain and Inc. contra Agencia Española De Protección De Datos (AEPD) y Mario Costeja González” C-131/12, 2014.
- GRUPO DEL ARTÍCULO 29 (4 de abril de 2008). Dictamen 1/2008.
- GUICHOT, Emilio (2019): El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español. *Revista de Administración Pública*, 209, 45-92.
- KIM y CHANG (2020): Data Protected – Republic of Korea. Linklaters. Disponible en <https://www.linklaters.com/es-es/insights/data-protected/data-protected---republic-of-korea>.
- KOOTNEKOFF, Susan (29 noviembre de 2019). “Canadian may soon have “right to be forgotten”. *The Daily Courier*. Disponible en <http://www.kelownadailycourier.ca>.
- LAWYERPRESS (18 de febrero de 2015): El comité de expertos de google, contrario a universalizar el derecho al olvido en sus conclusiones. Disponible en https://www.lawyerpress.com/news/2015_02/1802_15_002.html.
- MARTINEZ OTERO, Juan María (2016): La aplicación del derecho al olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja. *Rev. Bol. Der.* no.23 Santa Cruz de la Sierra.

MORENO BOBADILLA, A. (2019): El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos. *Revista de Comunicación* 18 (1).

MOURA VICENTE, Dario. ¿Aplicación extraterritorial del derecho al olvido en internet?

NEVILLE, Andrew: Is it a human right to be forgotten? Conceptualizing the World View. *Santa Clara Journal of International Law*. Volumen 15, Issue 2.

ORZA LINARES, Ramón: La regulación del «derecho al olvido» en la Unión Europa. Aspectos críticos. Universidad de Granada.

PADOVA, Yann (2019): Is the right to be forgotten a universal, regional, or 'glocal' right?. *International Data Privacy Law*, Baker and McKenzie.

PEASE (2015): "The "right to be forgotten: Asserting control over our digital identity or re-writing history? The case of Google Spain and Google Inc. v. AEPD & Mario Costeja González".

RALUCA STROIE, Iuliana (2016): ¿Es o no es google Spain responsable del tratamiento de datos personales? Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquin: "Tras la larga sombra de Google Spain. De nuevo sobre el alcance territorial del derecho al olvido".

SIMÓN CASTELLANO, Pere (2015): El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Wolters Kluwer.

THE ADVISORY COUNCIL TO GOOGLE ON THE RIGHT TO BE FORGOTTEN (2015): The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten.

The Washington Post (15 de marzo de 2017): N.Y. bill would require people to remove 'inaccurate,' 'irrelevant,' 'inadequate' or 'excessive' statements about others. Disponible en <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2017/03/15/n-y-bill-would-require-people-to-remove-inaccurate-irrelevant-inadequate-or-excessive-statements-about-others/>.

VINOS, J. Y DEEYA R: India (12 de noviembre de 2019): The right to be forgotten – under the personal data protection bill 2018. Mondaq. Disponible en <https://idibe.org/tribuna/derecho-al-olvido-tras-el-reglamento-europeo-de-proteccion-de-datos/>.

WALL, Alex (8 de enero de 2018): GDPR matchup: South Korea's Personal Information Protection Act. Disponible en <https://iapp.org/news/a/gdpr-matchup-south-koreas-personal-information-protection-act/>.

Legislación

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Convenio 108 del Consejo De Europa.

Tratado De Funcionamiento de la Unión Europea.

Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Ley Orgánica 5/1992, de 31 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Jurisprudencia

STC 254/1993, de 20 de julio de 1993, ECLI:ES:TC:1993:254

STC 290/2000, de 30 de noviembre de 2000, ECLI:ES:TC:2000:290

STC 58/2018, de 4 de junio, ECLI:ES:TC:2018:58

STJUE de 13 de mayo de 2014, as. C-131/12, Google Spain, S.L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González. ECLI:EU:C:2014:317

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL Sr. NIILLO JÄÄSKINEN presentadas el 25 de junio de 2013. Asunto C-131/12. Google Spain, S.L., Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González. ECLI:EU:C:2013:424

STJUE de 24 de septiembre de 2019. Asunto C-507/17, Google LLC, que se ha subrogado en los derechos de Google Inc. contra Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), con intervención de Wikimedia Foundation Inc., Fondation pour la liberté de la presse, Microsoft Corp., Reporters Committee for Freedom of the Press y otros, Article 19 y otros, Internet Freedom Foundation y otros, Défenseur des droits. ECLI:EU:C:2019:772

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 10 de enero de 2019. Asunto C-507/17. Google LLC, que se ha subrogado en los derechos de Google Inc. contra Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), con intervención de Wikimedia Foundation Inc., Fondation pour la liberté de la presse, Microsoft Corp., Reporters Committee for Freedom of the Press y otros, Article 19 y otros, Internet Freedom Foundation y otros, Défenseur des droits. ECLI:EU:C:2019:15