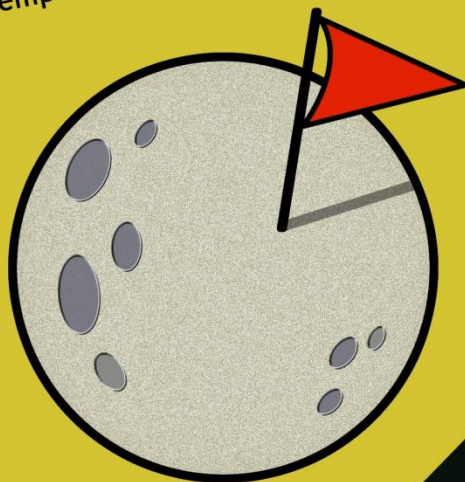


DIREITO:

A PENSAR TECNOLOGICAMENTE

DIREITO: A PENSAR TECNOLOGICAMENTE

Em pleno século XXI, o ciberespaço assume-se como o novo plano da acção. Este, representa, entre outras dimensões, um conjunto cada vez mais alargado e eficiente de meios de comunicação e de informação ao serviço do Homem. A sociedade hodierna, inebriada por esta revolução tecnológica, numa quase-metamorfose híbrida, adapta-se a esta tecno-dependência. Mas, será que compreendemos, minimamente, o advento do ciberespaço e do tempo moderno em que vivemos?



DIREITO: A PENSAR TECNOLOGICAMENTE

cyber espaço
novas fronteiras

cyber ataques
algumas estratégias
de mitigação

cyber segurança
preocupação global

OUTROS

- direito constitucional do Inimigo
- obscurantismo
- DOTMLPI-I
- ENISA



CYBERLAW

by CIJIC



**CRITERIOS PARA IMPLEMENTAR EL DERECHO AL
OLVIDO EN INTERNET: COMENTARIO A LAS
DIRECTRICES DEL GRUPO DE TRABAJO DEL
ARTÍCULO 29 DE LA UNIÓN EUROPEA**

**CRITÉRIOS PARA IMPLEMENTAR O DIREITO AO
ESQUECIMENTO NA INTERNET: COMENTÁRIO ÀS
DIRETRIZES EMANADAS PELO GRUPO DE
TRABALHO DO ARTIGO 29**

PABLO A. PALAZZI¹

¹ Profesor de Derecho Universidad de San Andrés, Director del Programa de Derecho de Internet y de las telecomunicaciones de la Universidad de San Andrés, especialista en Derecho de Internet y Propiedad intelectual, socio del estudio Allende & Brea. Correo electrónico: ppalzzi@udesa.edu.ar

SUMÁRIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. IMPORTANCIA DEL INFORME DEL WP29; 3. INTERPRETACIÓN DEL FALLO DEL TRIBUNAL EUROPEO POR EL GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29; 4. LISTADO DE CRITERIOS PARA RESOLVER PLANTEOS DE DERECHO AL OLVIDO IDENTIFICADOS POR EL GRUPO DE TRABAJO DEL ART. 29; 5. CONCLUSIONES PRELIMINARES

RESUMO

Prática comum ao acto de exclusão de um dado *link* para os resultados de uma determinada rede, passa por uma comunicação – de rastreamento, em alguns casos através de um e-mail para a página, revista ou blog - a informar dessa remoção. O relatório² propugnado pelo grupo de trabalho do artigo 29 (em inglês no acrónimo WP29) estabelece que este tipo de comportamento, por exemplo, da *Google*, carece de base legal e que esta apenas poderá estabelecer contato entre o motor de busca e a fonte somente na recolha de informações para ajudar a tomar uma decisão mais esclarecida sobre a desvinculação do índice. Este relatório clarifica ainda que *entrar em contato com a fonte original dos dados* deverá contemplar a tomada de medidas necessárias para salvaguardar os direitos do titular dos dados pessoais.

Palavras-Chave: Operadores de Internet; Responsabilidade; Remoção de conteúdos do índice; Dados pessoais; Direito ao esquecimento

² "Recomendações sobre a implementação da decisão do Tribunal Europeu de Justiça no caso 'Google Espanha e Google Inc. v. Agência Espanhola de Protecção de Dados e Mario Gonzalez Costeja'".

RESUMEN

Una de las prácticas que está llevando a cabo el buscador consiste en que cuando elimina de sus resultados un link de una web concreta, comunica en algunos casos por medio de un e-mail a la página, diario o blog, siendo rastreada para informarle de la eliminación. El informe³ de las autoridades europeas⁴ ha aclarado que este comportamiento de Google carece de base legal y que únicamente podrían establecerse contactos entre el buscador y la web de origen, para recabar información y poder tomar una decisión más informada sobre la desvinculación del índice. El informe aclara que pueden contactar a la fuente original del dato, pero que también deben adoptar las medidas necesarias para salvaguardar los derechos del titular del dato personal.

Palabras-clave: Operadores de Internet; Responsabilidad; Remoción de contenidos del índice; Datos personales; Derecho al olvido

³ “Directrices sobre la implementación del fallo del Tribunal Europeo de Justicia en el caso ‘Google Spain y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos Personales y Mario Costeja González’”.

⁴ El Grupo del Artículo 29.

1. INTRODUCCIÓN

El 26 de noviembre de 2014 el Grupo de Trabajo del Art. 29 emitió el documento titulado Directrices sobre la implementación del fallo del Tribunal Europeo de Justicia en el caso “Google Spain y Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos Personales y Mario Costeja Gonzalez” (Asunto C-131/12)⁵.

El Grupo del Artículo 29 (en adelante Grupo del Art. 29 o WP 29) es un organismo de la UE creado por la Directiva Europea de protección de datos personales⁶.

Este Grupo está compuesto por un representante de la autoridad o de las autoridades de control designadas por cada Estado miembro, por un representante de la autoridad o autoridades creadas por las instituciones y organismos comunitarios, y por un representante de la Comisión Europea.

El mencionado Grupo en cumplimiento de sus funciones, elabora documentos y guías interpretativas que tienen gran influencia en la interpretación del derecho de la protección de datos personales⁷. Por ello ha un documento interpretativo sobre el caso “Google Spain”⁸ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sentencia que como es sabido reconoció pretorianamente el derecho al olvido en Internet⁹.

2. IMPORTANCIA DEL INFORME DEL WP29

Luego de dictado el caso “Google Spain” se presentaron miles de solicitudes de derecho al olvido a través de los formularios online implementado por los buscadores.

⁵ Working Party Article 29, *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “Google Spain and inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González”*, WP 225, disponible online en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf

⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 p. 31–50.

⁷ Su influencia no sólo se limita a la Unión Europea, sino también a otras regiones, por ej. en América Latina es frecuentemente citado por algunas agencias de protección de datos personales.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 13 de mayo de 2014, asunto C- 131/12, Google Spain, S.L., y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos.

⁹ Sobre el caso ver nuestra nota *El reconocimiento en Europa del derecho al olvido en Internet* en LL 2014-C-407.

Asimismo ha existido un gran debate sobre los alcances, límites, y forma de implementar este derecho.

A raíz de ello, el WP29 ha emitido el documento que comentamos en esta nota y que pretende clarificar muchos de los problemas planteados hasta la fecha, así como sugerir elementos para la implementación del derecho al olvido en Europa.

El informe consta de dos partes. Una primera parte está destinada a brindar una interpretación del fallo de la Corte Europea por el WP29. Una segunda parte está destinada a brindar elementos para que las agencias de protección de datos personales puedan decidir con elementos concretos si corresponde delistar un hipervínculo del buscador con fundamento en el derecho al olvido.

El documento enumera trece elementos a tener en cuenta, que son sólo enunciativos pues surgirán muchos más en los casos que se están planteando y resolviendo día a día. Estos elementos suelen ser importantes para realizar el balance de derechos y decidir sobre la admisión o no del derecho al olvido en un caso concreto.

En la práctica, dado que el WP29 se ha transformado en la “voz oficial” de la política europea en materia de datos personales, este documento va a ser muy importante pues va a servir de guía a los reguladores locales, a los buscadores, y a los litigantes.

3.INTERPRETACIÓN DEL FALLO DEL TRIBUNAL EUROPEO POR EL GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29

3.1. El nomen iuris y el concepto del derecho al olvido

El informe realiza un detallado análisis de las cuestiones que fueron surgiendo durante la implementación del fallo.

En muchos casos el alcance del fallo europeo ha sido malinterpretada por la prensa, empezando por el nombre de este nuevo derecho. También ha sido

fuertemente atacado en su fundamento por la prensa y la doctrina en los Estados Unidos¹⁰.

La confusión se genera en parte pues desde un comienzo se ha equiparado en la prensa al derecho al olvido con el derecho a borrar cualquier información negativa o contenidos de páginas de Internet¹¹. Esto sucede en parte porque ambos derechos tienen mucho en común, pero el derecho al olvido no borra cualquier información negativa (ej. están excluidas las recientes, y los asuntos de interés público o personas públicas). Tampoco sirve para borrar del sitio de origen el dato, sino que sólo la remueve solamente del índice del buscador (sigue estando en el sitio original y es posible hallarla por otros términos de búsqueda diferentes al nombre).

Además algunos casos pueden comenzar como difamación y terminar como un caso de derecho al olvido. Hay también un solapamiento de pretensiones entre los casos de borrado de datos personales falsos y el borrado de datos personales donde ya no existe un interés legítimo para el tratamiento del mismo (por diversos motivos: falta de relevancia, antigüedad, etc.), o argumentando que el dato no refleja la realidad dada su extrema antigüedad.

Esta confusión de términos y conceptos va a ser inevitable dada la novedad de la materia. Es también imposible de evitar para los periodistas que abordan la cuestión del derecho al olvido superficialmente y sin mucho estudio detenido del tema (ej. sin leer el fallo completo y entender el contexto regulatorio europeo).

Pese a que el derecho al olvido se deriva de una norma jurídica redactada a comienzos de la década del noventa, y aprobada en el año 1995, no hay normas directas sobre el derecho al olvido con esos términos en la citada Directiva.

El problema es que el término derecho al olvido (*droit a l'oublié* o *right to be forgotten*) tiene mucho *appeal* pero no traduce su verdadero significado. Por eso es recomendable usar nuevos términos, como la palabra inglesa *de-listing*¹² o también

¹⁰ Existen sin embargo algunas excepciones, ver por ejemplo Eric POSNER, *We All Have the Right to Be Forgotten*, en SLATE, Mayo de 2014.

¹¹ Ver por ejemplo la primera notas publicada en el New York Times comentando el caso y su título: David STREITFELD, *European Court Lets Users Erase Records on Web*, New York Times, 13 de mayo de 2014 (el subrayado nos pertenece).

¹² Este es el término que utiliza el documento del Working Party que comentamos en esta nota.

los conceptos *droit à la désindexation* o *droit au déréférencement* como ha propuesto la agencia francesa de protección de datos personales¹³.

En castellano una traducción literal podría ser de-listar o deslistar, desindexar o des-referenciar, aunque también se puede usar “desvincular”. Es decir, un *derecho al desindexado*. Todas estas palabras hacen alusión a la eliminación de una referencia o hipervínculo que aparece en el resultado o índice del buscador a determinado contenido. Esa referencia existe cuando se tipea o usa el nombre de un individuo como palabra de búsqueda en un motor de búsqueda en Internet.

Como esta forma de buscar información en Internet permitía encontrar sin ninguna clase de filtro todo tipo de información, incluso las irrelevantes, pasadas, antiguas o cuestiones que carecían de interés público muchos años después de su ocurrencia, la solución propuesta por el TJUE en el caso “Google Spain” fue algo muy simple: eliminar la aparición de hipervínculos a la noticia en cuestión del resultado (del índice) del buscador.

Cabe aclarar que este derecho al olvido o derecho de supresión no implica borrar o suprimir la información en la fuente original, que seguirá existiendo y en muchos casos estará amparada por una obligación legal de publicar el dato o por la libertad de prensa. Solo se requiere que el buscador adopte los mecanismos tecnológicos necesarios para que un resultado determinado no aparezca en los resultados de la búsqueda. El resultado sin embargo podrá aparecer si se busca con otros elementos distintos al nombre (ej. cargo, profesión, lugar y fecha del evento, etc.).

De hecho, como evidencia del problema que acarrea el *nomen iuris* del derecho al olvido, recordamos que en el año 2013 durante el trámite del Reglamento comunitario (que reemplazará a la Directiva) se decidió borrar el nombre de “derecho al olvido” y dejar solo el nombre “derecho de supresión”. Ello se debió, como bien señaló un reconocido autor, a “un problema de comunicación y de expectativas sobre lo que realmente otorga el derecho y lo que los titulares de datos lograrán en la práctica”¹⁴.

¹³ Ver http://m.cnil.fr/fileadmin/documents/Vos_libertes/Droit_au_dereferencement-criteres.pdf.

¹⁴ KOOPS, Bert-Jaap, *The trouble with European data protection law*, International Data Privacy Law (2014) 4 (4): 250-261, OUP, Octubre 2014 quien señala: “The term ‘right to be forgotten’ has been floated as an appealing ideal for doing something about the persistence of embarrassing data on the Internet, but it is pretty obviously a misnomer: not only is it very difficult to have all copies of data removed from the Internet, but removing content from the Internet also cannot be equated to people actually forgetting what they have already read”.

Previo a listar y analizar los criterios para remover hipervínculos al índice de Google bajo el derecho al olvido, el documento explica su visión del fallo dictado por el tribunal Europeo a través de varios de sus aspectos.

3.2. Los buscadores como responsables del tratamiento de datos personales

El Informe del WP29 comienza señalando los puntos centrales del caso “Google Spain”, los que a su juicio son:

- El fallo reconoce que los motores de búsqueda procesan datos personales y son “responsable del tratamiento” en los términos del art. 2 de la Directiva 95/46 (Párrafos 27, 28 y 33 del fallo “Google Spain”).

-El tratamiento realizado por el buscador es distinto del tratamiento realizado por el editor del sitio web, que consiste en cargar la información en la página web (párrafo 35 del fallo “Google Spain”).

-Las bases legales para procesar datos personales bajo la Directiva Europa de protección de datos se encuentran en el art. 7(f) de la Directiva Europea (Párrafo 73 del fallo “Google Spain”).

El primer punto que analiza es que los buscadores de internet, según la conclusión del caso “Google Spain” son responsables del tratamiento, o “encargado del tratamiento”. Bajo el Derecho Europeo, el responsable del tratamiento es definido como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales”. Esta es la base para aplicar la ley de protección de datos a los buscadores.

Luego el informe recuerda que el procesamiento de datos realizado por el buscador tiene capacidad para afectar derechos fundamentales del titular del dato, pues cada vez que se tipea su nombre en el recuadro de búsqueda aparecen datos personales referidos en muchos casos a diversos aspectos de su vida privada y que permiten crear un perfil de su persona. El efecto que produce en la vida privada esos resultados aumenta por el rol que juega hoy en día los buscadores de Internet en la sociedad moderna (párrafo 80 del fallo “Google Spain”).

En relación al balance de derechos, el Informe interpreta que el fallo claramente señala que los derechos del titular del dato están por encima de los derechos económicos del motor de búsqueda. Estos derechos del titular de dato personal también prevalecen sobre los derechos del público a acceder a esa información. Sin embargo se recuerda que el rol que en la vida pública tenga el sujeto en cuestión podrá hacer inclinar la balanza a favor del acceso a esa información (párrafo 81 del fallo “Google Spain”).

Concluye que los titulares de datos personales tienen derecho bajo las condiciones de los artículos 12 y 14 de la Directiva Europea de Protección de datos personales a pedir la remoción de ciertos vínculos del listado de los buscadores, que señalan a datos negativos publicados por terceros.

Los fundamentos para el tratamiento de datos personales por el editor original y por el buscador son diferentes. El buscador deberá evaluar los diferentes elementos (interés público, relevancia pública, naturaleza de los datos, y relevancia actual) sobre la base de su propio fundamento legal para seguir tratando esos datos que deriva de un balance entre su interés económico y el de los usuarios en acceder a esa información a través del motor de búsqueda usando el nombre del titular del dato como elemento de búsqueda. Incluso aunque la publicación por el editor original sea legal, su difusión universal y continua accesibilidad a través de motores de búsqueda en Internet puede devenir ilegal o ser una desproporcionada invasión en la privacidad del titular.

El interés del buscador en procesar datos personales es meramente económico. Pero existe también un interés de los usuarios de Internet en recibir información usando motores de búsqueda. Este interés según el documento que anotamos se fundamenta en el art. 11 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y tiene que ser tenido en cuenta.

Un punto central del Informe es que reconoce que el fallo “Google Spain” no obliga a los buscadores a realizar en forma constante evaluaciones para ver si los datos deben ser removidos por darse las condiciones del derecho al olvido: solo deben actuar a petición de parte interesada. Creemos que una conclusión contraria hubiera sido contraria a la obligación de no monitorear prevista en la Directiva Europea de Comercio Electrónico.

3.3. Ejercicio de los derechos por parte del titular del dato

Así como las normas de protección de datos personales se aplican al procesamiento de datos personales realizados por el buscador, el titular del dato debe tener derecho a ejercer sus derechos contemplados en las normas de la Directiva 95/46 y las leyes nacionales que la implementan.

Es así como el informe del Grupo de Trabajo del Art. 29 enumera una serie de aspectos relacionados con el ejercicio del derecho al olvido.

Esto son:

- El titular del dato personal no está obligado a contactar al sitio original, en orden a solicitar al buscador el ejercicio de sus derechos. El informe aclara que son dos procesamientos de datos distintos, con fundamento legal diferente y con distinto impacto en los derechos e intereses del individuo.

- El titular del dato puede considerar que es mejor, dadas las circunstancias, contactar en primer lugar al webmaster del sitio y pedir el borrado o anonimización del dato del sitio original, o que se aplique el protocolo robots.txt (“no index”) a los fines de evitar el indexado del sitio en cuestión en el buscador. Pero el informe es rotundo en aclarar que el caso “Google Spain” no exige “agotar esta vía” antes de ir al buscador.

- El titular del dato es quien decide cómo ejercer sus derechos y por eso tiene derecho a acudir a uno o a todos los buscadores para ejercer su derecho al olvido. Sólo el titular es quien puede decidir y evaluar el impacto que su información publicada en Internet tiene, y por eso esta es su decisión.

- Si bien la Directiva 95/46 no clarifica como ejercer los derechos del titular del dato personal, existe amplia facilidad en el derecho nacional para que el titular haga sus reclamos. Por eso el informe aclara que el titular del dato puede contactar al buscador de cualquier forma, independientemente de los procedimientos ad hoc que el buscador haya creado para tal fin. El informe aclara que el uso de formularios online implementados por los buscadores es una buena práctica pero no debe ser la única forma de recibir pedidos.

- Los buscadores deben seguir el derecho nacional a la hora de aplicar y procesar pedidos de desvinculación del índice del buscador. Ello implica que

el buscador debe solicitar alguna forma de identificación pero esos recaudos deben ser proporcionados y necesarios de acuerdo a la necesidad de verificar la identidad del peticionante. Asimismo, para que el buscador haga la evaluación necesaria para decidir si corresponde remover del índice el hipervínculo a la noticia, el titular del dato le debe brindar las razones necesarias para que ello ocurra, indicar la dirección de internet en cuestión que lo afecta, si tiene un rol en la vida pública o es una persona privada, y proporcionar la prueba de sus alegaciones.

- Si el buscador deniega el pedido, debe dar una explicación fundada de su denegatoria. En el mismo acto se debe informar al titular del dato personal que tiene derecho a recurrir a los tribunales o a la agencia local de protección de datos.

Finalmente el informe del WP29 señala que el caso “Google Spain” considera que las subsidiarias nacionales de un buscador en la Unión Europea son “establecimientos” de la empresa y que el procesamiento de datos personales por parte del buscador es realizado en el contexto de actividades del establecimiento, lo cual hace aplicable las normas de protección de datos al buscador en su totalidad.

El informe reconoce que la Directiva 95/46 no contiene normas específicas en relación con la responsabilidad de los establecimientos del responsable del tratamiento localizados en el territorio de países miembros de la Unión Europea. La única referencia se encuentra en el art. 4.1.a de la Directiva 95/46 que dispone “Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable”. Esta norma está de algún modo clarificada en el considerando 19 de la Directiva¹⁵.

¹⁵ Que dice así: “...Considerando que el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable; que la forma jurídica de dicho establecimiento, sea una simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica, no es un factor determinante al respecto; que cuando un mismo responsable esté establecido en el territorio de varios Estados miembros, en particular por medio de una empresa filial, debe garantizar, en particular para evitar que se eluda la normativa aplicable, que cada uno de los establecimientos cumpla las obligaciones impuestas por el Derecho nacional aplicable a estas actividades”.

Señala el informe que la efectiva vigencia del caso “Google Spain” requiere que los titulares de datos personales puedan ejercer sus derechos frente a las subsidiarias nacionales de su lugar de residencia en cada estado miembro de la Unión Europea. A su vez las agencia de protección de datos personales deben poder contactar a estas subsidiarias en relación a los reclamos presentados. El informe aclara que estas subsidiarias tienen total libertad de seguir y aplicar los procedimientos internos para tratar los reclamos o reenviarlos a otra subsidiaria. También resulta razonable que aconsejen al titular del dato que siga al procedimiento ad-hoc establecido por la empresa para un reclamo a través de un formulario electrónico. El informe del WP29 concluye que si el titular del dato personal insiste en contactar a la subsidiaria local por otro medio, no podrá negársele ese derecho.

3.4. *Ámbito de aplicación del derecho al olvido*

El informe contiene un extenso análisis del ámbito de aplicación del fallo “Google Spain”. Se tratan dos cuestiones: (i) a qué clase de buscadores se aplica (generalistas o dedicados) y (ii) el alcance de la orden de remoción basado en el derecho al olvido (aplicación europea o global).

En el n.17 el informe aclara que si bien el fallo se refiere a buscadores generales (“*generalist search engines*”), ello no significa que no pueda ser aplicado a otros intermediarios y concluye que si están reunidas las condiciones para la procedencia del derecho al olvido, el mismo deberá aplicarse.

El informe explica que los buscadores “internos” incluidos en diferentes sitios de internet no producen el mismo efecto que los buscadores “externos”¹⁶. Primero, sólo brindan información contenida en las páginas donde están instalados. Asimismo, el informe precisa que incluso si un usuario de Internet busca en un gran número de sitios, los buscadores internos no van a establecer un perfil completo del titular del dato y estos resultados no tienen un alto impacto sobre su persona. La excepción podrían ser los buscadores de datos de personas (ej. Spokeo, etc.)

Por eso el informe del WP29 aclara como regla que la desvinculación de resultados no debería aplicarse a buscadores con un ámbito de acción limitado,

¹⁶ Ej. el buscador interno de Amazon, o el de LinkedIn o Twitter.

particularmente el caso de los motores de búsqueda internos de diarios de noticias disponibles online.

Se recuerda asimismo que el art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales otorga derecho de protección de datos personales a “todas las personas” sin distinción. En la práctica la agencia de protección de datos personales se centrará en reclamos en los cuales existe una clara vinculación entre el titular del dato y el territorio de la Unión Europea, por ejemplo porque el titular del dato personal es un ciudadano o residente de un país miembro de la Unión Europea.

El informe del WP29 en el n. 20 recuerda que el caso “Google Spain” concluyó que el titular del dato tiene derechos sobre la actividad de un motor de búsqueda como proveedor de contenidos, que consiste “en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado”.

Luego cita las conclusiones del fallo “Google Spain” y explica que “Los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado.”

Google lleva tiempo borrando resultados de búsquedas pero sólo a ciudadanos europeos y dentro del territorio de la Unión Europea, cuando la propia sentencia del TJUE hace mención al “público en general”. El fallo, en su última conclusión y en los apartados 97 y 99 explica que las personas físicas que ejerciten su derecho al olvido sobre un responsable obligado por la normativa de la Unión Europea, “podrán solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados”.

Google sostiene la tesis que la decisión del TJUE es únicamente aplicable a los servicios ofrecidos a los usuarios europeos. Sin ir más lejos, en el formulario de

solicitud del derecho al olvido que ha publicado en Internet, se solicita que se indique un país para saber qué normativa aplicar.

De todo lo expuesto el informe (n.20) concluye que el fallo “Google Spain” establece una “obligación de resultado” que afecta a la totalidad de las operaciones de procesamiento llevadas a cabo por el buscador. La adecuada implementación del fallo “Google Spain”, entiende el informe, debe ser hecha de modo que los titulares de datos personales *“estén protegidos en forma efectiva contra el impacto de la diseminación universal y accesibilidad universal de sus datos personales a través del buscador, cuando se realiza una búsqueda sobre la base de su nombre personal”*.

El informe explica que si bien las soluciones concretas dependerán de la organización interna de la estructura del buscador, la implementación de la desvinculación debe ser hecha *“...de forma tal que garantice la efectiva y completa protección de los derechos garantizados de modo que el Derecho de la Unión Europea no pueda ser eludido”*.

En este sentido, el informe aclara que la limitación de la desvinculación de resultados solo a nombres de dominio europeos (ej. google.fr), con la excusa que los usuarios tienen la costumbre de acceder a buscadores a través de dominios nacionales no puede ser considerado un medio suficiente de cumplir los derechos establecidos en el fallo “Google Spain”. En la práctica, el informe concluye que la desvinculación debe ocurrir en todos los dominios relevantes, incluyendo el dominio gTLD (ej .com) del buscador. Esto implica que la remoción del índice debe ser una *remoción global*.

Este es uno de los aspectos más delicados del Informe del WP29 y que ha generado más críticas desde los Estados Unidos¹⁷.

El informe del WP29 en este punto termina reiterando que sólo se remueve el resultado del índice, y aclara que el fallo “Google Spain” nunca sugirió que se borrarán los contenidos del índice o base de datos del buscador. El contenido en cuestión estará accesible y será posible encontrarlo por otros criterios de búsqueda diferentes al nombre, por ejemplo la posición de la persona.

¹⁷ Aunque también en Europa: ver por ejemplo el artículo de C. KUNER, *The European Union and the search for an international data protection framework*, en *Groningen Journal of International Law*, Vol.2, Ed.1, criticando los efectos extraterritoriales del derecho europeo de protección de los datos personales.

Se aclara asimismo que el caso “Google Spain” usa el término “nombre” pero ello incluye otras versiones del nombre e incluso diferentes formas de pronunciar o escribir el nombre.

3.5. Comunicación a terceros de la desvinculación del índice

Remover contenido del índice del buscador significa que dicho contenido no va a aparecer mas en una búsqueda realizada por cualquiera que tipee ese nombre, sin perjuicio de la posibilidad de ir al sitio original a buscar la noticia.

El documento (n.22) señala que algunos buscadores han adoptado como práctica en algunos casos informar a los usuarios de Internet la desvinculación de ciertos nombres.

A partir del fallo “Google Spain”, el buscador Google adoptó la práctica, cuando se realiza una búsqueda de un nombre común (no de una persona famosa) de mostrar en la parte inferior de los resultados de búsqueda el siguiente aviso: *"Es posible que algunos resultados se hayan eliminado de acuerdo con la ley de protección de datos europea. Más información"*.

Si se hace click en el enlace de “Más información”, Google explica que este aviso aparece aunque no se haya eliminado nada, es decir es una respuesta que el buscador ofrece por defecto.

Se ha entendido sin embargo que este aviso podría sugerir que una persona concreta (aquella cuyo nombre se puso en el buscador) ha solicitado el derecho al olvido sobre algún aspecto negativo que no aparece (y que el mensaje confirmaría tal borrado).

Podría darse también el caso de tratarse de un apellido muy común y generar el mismo efecto en el resto de internautas que tengan el mismo nombre y apellido y que no hayan hecho un pedido de derecho al olvido.

El informe del Grupo de Trabajo del Artículo 29 aclaró que este mensaje no tiene base legal alguna en el ordenamiento europeo. El informe explica que este mensaje sólo se puede incluir cuando no haya dudas acerca de la persona sobre la que se está buscando la información. El informe dice: *"Las decisiones que deben ser excluidas*

del listado (de búsqueda), deben ser aplicadas de tal manera que se garantice una protección efectiva y completa de los derechos del sujeto".

Por otra parte desde el lado de la empresa este mensaje tiene su lógica: si el buscador desea mostrar toda la información posible y disponible en la web relacionada con la búsqueda, y por una ley o fallo no puede hacerlo, un *disclaimer* es una forma de mostrar que la falta de resultados es ajeno al buscador.

Otra de las prácticas que está llevando a cabo el buscador consiste en que cuando elimina de sus resultados un *link* de una web concreta, comunica en algunos casos por medio de un e-mail a la página, diario o blog siendo rastreada para informarle de la eliminación.

Esto ya ocurrió varias veces¹⁸ desde que se implementó el formulario de remoción luego del fallo “Google Spain”. El buscador explica asimismo que solo comunican información de la url removida del índice, pero no de la persona que solicitó la remoción pues entienden que la petición es confidencial¹⁹.

El informe de las autoridades europeas han aclarado que este comportamiento de Google carece de base legal y que únicamente podrían establecerse contactos entre el buscador y la web de origen para recabar información y poder tomar una decisión más informada sobre la desvinculación del índice²⁰. El informe aclara que pueden contactar a la fuente original del dato pero que también deben adoptar las medidas necesarias para salvaguardar los derechos del titular del dato personal.

¹⁸ Google hizo esto en varias oportunidades. Por ejemplo con el New York Times (ver Noam COHEN, *Times Articles Removed From Google Results in Europe*, New York times, 3 de octubre del 2014) o con el diario inglés The Guardian, respecto a varias notas de interés público (ver James BALL, *EU's right to be forgotten: Guardian articles have been hidden by Google*, The Guardian, 2 de julio de 2014). También lo hizo con el diario español “Qué”, en relación a algunas noticias sobre terrorismo (ver la nota *Google borra noticias de la ETA por el derecho al olvido*, diario ABC, 6 de noviembre de 2014, <http://www.abc.es/espana/20141106/abci-derecho-olvido-201411061725.html> y la nota *Los terroristas encuentran en el 'derecho al olvido' una vía para eliminar su rastro en internet*, en diario Qué, <http://www.que.es/tecnologia/201411060800-terroristas-encuentran-derecho-olvido-para.html>).

¹⁹ William Malcolm, Senior Privacy Counsel, Google, opinión vertida en el panel sobre derecho al olvido titulado *The Right to Be Forgotten: Competing Interests and Cultural Divides* en la conferencia IAPP Privacy Summit 2015, 5 de marzo de 2015.

²⁰ Así el WP29 señala: “Search engines should not as a general practice inform the webmasters of the pages affected by removals of the fact that some web pages cannot be accessed from the search engine in response to a specific name-based query. There is no legal basis for such routine communication under EU data protection law. In some cases, search engines may want to contact the original editor in relation to particular request prior to any delisting decision, in order to obtain additional information for the assessment of the circumstances surrounding that request”.

También introduce un nuevo problema: que la prensa puede republicar la información –incluyendo el nombre del titular del dato personal- sobre el borrado de la noticia del índice, y generar nuevamente interés público sobre algo que el titular del dato personal quería enterrar para siempre. Esto obligaría al titular del dato a volver a plantear la remoción de las nuevas noticias sobre su pedido al olvido del índice del buscador. Ahora bien, esas noticias tienen cierta actualidad, y parecería que no deberían ser “olvidadas” si son recientes. Por otra parte, si se acepta que esto suceda con frecuencia, el derecho al olvido quedaría en la nada, y se transformaría en un remedio inútil. De hecho podría caerse en un círculo vicioso de republicar cada nuevo pedido, sobre todo los controversiales (personas famosas o asuntos de interés público).

Por supuesto, esto ha causado un gran debate público. El efecto de esto es que se divulgasen aún más esas noticias. Es posible que Google quiera informar a los medios para que se hagan eco y de esta forma se traslade a la sociedad que el derecho al olvido en algunos casos puede equipararse a una forma de censura indiscriminada e ilógica.

3.6. Rol de las agencias europeas de protección de datos personales

En el punto 24 el documento del WP29 reitera la idea central del derecho al olvido sobre su pre existencia al fallo del tribunal europeo y sobre su base en el tradicional derecho de protección de datos europeo.

El documento señala que mas allá de la novedad del caso “Google Spain”, la decisión de delistar un determinado resultado del buscador implica en esencia analizar la aplicación de principios tradicionales de protección de datos personales al buscador de Internet.

Por ello el WP29 concluye que los pedidos presentados a agencias de protección de datos en función de rechazos por parte de buscadores deben ser tratados y analizados como cualquier otro reclamo de protección de datos según lo previsto en el art. 28(4) de la Directiva²¹.

²¹ Que dispone: “Toda autoridad de control entenderá de las solicitudes que cualquier persona, o cualquier asociación que la represente, le presente en relación con la protección de sus derechos y libertades respecto del tratamiento de datos personales. Esa persona será informada del curso dado a su

Asimismo se hace saber a los buscadores que deberán indicar cual de sus establecimientos será el encargado de recibir los pedidos y los dará a conocer a la comunidad.

4.Listado de criterios para resolver planteos de derecho al olvido identificados por el Grupo de Trabajo del Art. 29.

4.1. Naturaleza del documento del WP29

Cabe aclarar el documento del WP29 constituye *soft law*, no es una norma vinculante. El WP29 tiene entre sus cometidos elaborar guías orientadoras en materia de protección de datos y por ello ha elaborado desde hace 15 años numerosos documentos interpretando los más diversos aspectos del derecho de la protección de los datos personales.

Un análisis de los primeros reclamos recibidos por las diversas agencias de protección de datos europeas les permitió a estas elaborar un listado de elementos a tener en cuenta para cumplir con el fallo “Google Spain”. Estos criterios deben aplicarse caso por caso.

4.2. Forma de aplicar los criterios

El listado de criterios que presentó el Informe del WP 29 fue elaborado a partir de la breve experiencia que tuvieron las agencias en los meses posteriores al fallo “Google Spain”, y debe ser visto como una herramienta de trabajo. El informe propone las siguientes pautas para resolver los pedidos de derecho al olvido:

- que se examine caso por caso,
- los criterios deben aplicarse de acuerdo con la legislación nacional relevante del caso,

solicitud. Toda autoridad de control entenderá, en particular, de las solicitudes de verificación de la licitud de un tratamiento que le presente cualquier persona cuando sean de aplicación las disposiciones nacionales tomadas en virtud del artículo 13 de la presente Directiva. Dicha persona será informada en todos los casos de que ha tenido lugar una verificación.”.

- en general, más de un criterio será necesario para resolver la cuestión en cada caso concreto; en otras palabras, los casos de derecho al olvido no pueden ser resueltos con un solo criterio,

- Cada criterio debe ser aplicado a la luz de los principios establecidos en el caso “Google Spain” y en especial a la luz del “interés del público general en tener acceso a la información”²².

4.3. Análisis de los criterios del WP29

A continuación analizamos cada uno de los elementos propuestos en el Informe del WP29 y los ilustramos con ejemplos.

4.3.1. Primer criterio: Búsqueda relacionada con una persona individual

El primer criterio que trata el documento es formal y funciona como una suerte de elemento legitimador del reclamo pues está relacionado con la identidad de la persona que reclama la tutela del derecho al olvido.

El Informe del WP 29 explica que la búsqueda realizada en Internet debe estar relacionada con una persona natural, esto es un individuo. Esta premisa se basa en el hecho que la Directiva Europea de protección de datos vigente tutela los datos personales de individuos y no de personas jurídicas. Ello es así pues la definición de “datos personales” es “toda información sobre una persona física identificada o identificable” (art. 2 “a” de la Directiva Europea).

Esto planteará un interrogante en los sistemas de protección de datos personales cuyo ámbito subjetivo se extiende a personas jurídicas además de individuos, tal el caso del régimen de Argentina²³ o el de Uruguay²⁴. En estos supuestos las personas jurídicas podrían también invocar el derecho al olvido si el

²² Esta afirmación del Grupo de Trabajo podría ser interpretada como que en caso de duda deberá estarse a favor de la información y no de suprimir el acceso a la misma.

²³ Art. 1 in fine de la ley 25.326 que dispone “Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal”.

²⁴ Artículo 2 ley 18.331 que dispone “...El derecho a la protección de los datos personales se aplicará por extensión a las personas jurídicas, en cuanto corresponda”.

mismo es reconocido en esa jurisdicción y se considera que ese derecho sería trasladable a personas jurídicas²⁵.

Asimismo, el resultado de búsqueda debe aparecer cuando se busca por el nombre del individuo. Si ello no ocurre, el reclamante no tendría derecho a delistar el dato del resultado de búsqueda.

De esta forma se tiene en cuenta que el fallo “Google Spain” reconoció el impacto que una búsqueda en Internet basada en el nombre de una persona puede tener en su derecho al respeto de su vida privada.

En este primer punto el Grupo de Trabajo agrega un aspecto no mencionado expresamente en el fallo “Google Spain”, aunque surge por lógica de cualquier legislación civil. El documento aclara que los pseudónimos y apodos (*pseudonyms and nicknames*) usados como términos relevantes de búsqueda, cuando un individuo pueda probar el uso del mismo y la relación con su identidad, deben ser considerados como términos de búsqueda válidos para legitimar un reclamo por la agencia de protección de datos que estudie el caso.

Cabe agregar que este criterio trata sobre el uso del nombre como criterio de búsqueda pero no decide ni aclara qué se puede remover del índice. Entre las posibilidades que podrían plantearse incluimos, a modo de ejemplo:

- un vínculo a una fotografía en vez del texto del nombre,
- la foto o imagen misma,
- sugerencias de búsqueda (la función autocompletar de Google),
- primeras líneas de resultados de búsqueda que erróneamente dan a entender algo de alguien,
- la referencia a una nota que aparece en los resultados de búsqueda porque existe un *metatag* en la web donde se aloja la nota (pese a que no se menciona expresamente a la persona por su nombre en el texto visible de la nota).

Parece que en la valoración del criterio para determinar la legitimación del reclamo no importa si la persona está expresamente mencionada en la nota sino que lo

²⁵ Existen numerosos argumentos en contra, el principal es que el derecho al olvido en el caso Google Spain está asociado a la Carta Europea de Derechos Fundamentales como un derecho humano, lo que no sería predicable de un ente ideal.

que legitima el pedido es que aparece el vínculo en una búsqueda como consecuencia de aparecer en el resultado de la búsqueda en el motor de internet. Sin embargo si en la nota no se menciona al titular del dato, no parece lógico eliminar la aparición en el resultado del índice. En este caso el reclamante debería acudir al sitio original con algún otro planteo diferente al derecho al olvido.

4.3.2. Segundo criterio: Rol del reclamante en la vida pública – Figuras públicas

El Informe explica que el tribunal en el caso “Google Spain” hizo una excepción expresa para titulares de datos personales que (i) tienen un rol en la vida pública, o (ii) donde haya un interés del público en acceder a la información sobre su persona.

En efecto el párrafo 97 del fallo “Google Spain” establece una clara excepción a la obligación de delistar resultados del buscador al señalar: “...*tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate....*”.

El informe del WP 29 aclara que este criterio es más amplio que el criterio de figura pública. Aclara asimismo que no es posible establecer con certeza el tipo de rol en la vida pública que una persona debe tener para justificar que sea posible encontrar información sobre ella en forma pública a través de un resultado de búsqueda.

Como ejemplo, el WP 29 señala que los políticos, los oficiales públicos, la gente del mundo de los negocios²⁶ y los miembros de profesiones reguladas suelen tener un claro rol en la vida pública. Existe un fuerte argumento de que el público debe poder buscar (y encontrar) información relevante sobre sus roles y actividades públicas.

Como regla práctica para decidir si la información personal en cuestión debe seguir estando accesible, la agencia de protección de datos deberá preguntarse si el acceso a esa información amparará al público de conductas impropias a nivel profesional o público de estas personas.

²⁶ Se menciona el mundo de los negocios pero no el mundo de las celebridades.

El informe aclara que es también difícil definir el subgrupo de figuras públicas. En general señala que “podría decirse que las figuras públicas son individuos que, debido a sus funciones, tienen un alto grado de exposición pública”.

Para definir qué constituye un rol en la vida pública, el Informe del WP29 cita la Resolución 1165 (1998) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa²⁷ sobre el derecho a la privacidad que nos da una posible definición de “figuras públicas”: son “personas que tienen un cargo público, o que usan recursos públicos, y en forma mas amplia, todos aquellos que juegan un rol en la vida pública, ya sea en la política, la economía, las artes, la esfera social, el deporte y cualquier otro dominio”²⁸.

Pero las personas públicas también tienen derecho a cierta privacidad. Por eso el documento del WP 29 señala que puede existir información sobre figuras publicas que es genuinamente privada y que no debería aparecer en los resultados de búsqueda, por ej. información sobre su salud o los miembros de su familia.

Como ejemplo de estos supuestos en Europa podemos citar el caso de “Noemi Campbell”²⁹ o caso de la princesa (ahora reina) Máxima de Holanda³⁰. En ambos casos los tribunales ampararon aspectos de la privacidad de diversas personas públicas.

En la Argentina son ejemplos de privacidad de figuras públicas el caso Ponzetti de Balbín³¹ y el caso “Menem v. Noticias”³². Pero cabe recordar que en el caso “Menem v. Noticias” la Corte Interamericana falló a favor de la publicidad de datos del hijo extramatrimonial de un funcionario público³³.

²⁷ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Resolución 1165 (1998), disponible en <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta98/eres1165.htm>, Assembly debate on 26 June 1998 (24th Sitting). See Doc. 8130, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights (rapporteur: Mr Schwimmer), Doc. 8147, opinion of the Committee on Culture and Education (rapporteur: Mr. Staes) and Doc. 8146, opinion of the Social, Health and Family Affairs Committee (rapporteur: Mr. Mitterrand).

²⁸ En su idioma original “*Public figures are persons holding public office and/or using public resources and, more broadly speaking, all those who play a role in public life, whether in politics, the economy, the arts, the social sphere, sport or in any other domain*”.

²⁹ Campbell v MGN Ltd [2004] UKHL 22 (6 de mayo de 2004), [2004] UKHL 22, [2004] AC 457.

³⁰ Tribunal de primera instancia del Distrito de Amsterdam (Holanda), sentencia del 28/8/2009, caso 434415/KG ZA 09-1626 SR/MN, “Zijne Koninkjke Hoogheid Willem-Alexander, Prins Van Oranje et al v. The Associated Press” (sentencia de primera instancia firme).

³¹ CSJN, 11/12/1984, “Ponzetti de Balbin v. Editorial Atlántida” (se consideró ilegal la publicación de fotografías de un político muy conocido en su lecho de muerte).

³² El fallo de la cámara civil en el caso “Menem v. Noticias” mencionaba expresamente el derecho al olvido.

³³ Ver sentencia de la CIDH del 29/11/2011.

El documento señala que como regla general, si los solicitantes son figuras públicas, y la información en cuestión no constituye información genuinamente privada, en el balance deberá estarse más a la negativa a remover los resultados de búsquedas relacionadas con esos datos.

Para realizar el balance de derechos el informe del WP29 cita como ejemplo relevante el caso “Van Hannover v. Alemania”³⁴. En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo:

"El rol o función de una persona concernida y la naturaleza de las actividades que son objeto del reporte o fotografía constituye otro importante criterio relacionado con el punto anterior. En tal sentido debe hacerse una distinción entre personas privadas y personas que actúan en un contexto público, tales como políticos o figuras públicas. Si bien una persona privada que es desconocida para el público en general puede reclamar protección de su vida privada, lo mismo no será cierto respecto a figuras públicas (ver los casos Minelli v. Switzerland (dec.), no. 14991/02, 14 June 2005, y Petrenco, citados antes, § 55). Una distinción fundamental debe ser hecha entre reportar hechos que son capaces de contribuir al debate público en una sociedad democrática, relacionada con políticos en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, y el reporte de detalles sobre la vida privada de un individuo que no ejerce esas funciones ..."

Como conclusión, cabe señalar que las cuestiones de interés público son el límite externo del derecho al olvido. El interés público señala hasta dónde puede llegar un ciudadano borrando su memoria digital pasada, o hasta dónde podrá subsistir la memoria colectiva en Internet respecto de esa persona. El límite, como podrá apreciarse, por ahora es muy difuso y deberá verse caso por caso. Con el tiempo podremos ir formando un criterio en función de los casos que se vayan presentando.

Es altamente probable que el derecho al olvido tome prestado la casuística de la jurisprudencia sobre los casos del derecho al honor que diferencian entre personas privadas y personas públicas y los asuntos de interés público.

³⁴ Hay dos casos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el mismo nombre, el primero del año 2012 y el segundo del año 2014. La cita corresponde al caso del año 2012, en Von Hannover c/Alemania, sentencia del 7/2/2012 en el cual el tribunal concluyó que Alemania había violado el derecho a la privacidad de Carolina de Mónaco al no aceptar sus reclamos judiciales sobre protección de la vida privada fundados en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El mismo día el tribunal resolvió el caso Axel Springer donde concluyó que Alemania había violado el art. 10, sobre libertad de información.

4.3.3. Tercer criterio: Datos sobre menores de edad

El informe del WP29 sostiene que como regla general, si el titular del dato es legalmente menor de edad (ej. menor de 18 años a la fecha de publicación de la información), es más probable que la agencia de protección de datos se incline por la desindexación de sus datos de los resultados relevantes del buscador. El documento menciona expresamente la fecha de la publicación, no del reclamo de desindexación, lo cual es correcto para juzgar si se trata de una noticia sobre un menor.

El documento también sugiere que la agencia de protección de datos respectiva aplique el concepto de “mejor interés del niño” (“*best interest of the child*”) para resolver el pedido.

Se recuerda que este concepto está contenido en el art. 24(2) de la Carta Europea de Derechos Fundamentales que dispone: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”. Este estándar está vigente en todas las leyes de menores.

En general las leyes de protección de datos personales no contemplan normas diferenciadas para menores, salvo algunas excepciones como el caso de Colombia³⁵. Pero en los tratados internacionales y en la legislación sobre menores es común encontrar el estándar del “mejor interés del niño”. La conclusión es que la presencia de datos de menores involucrados en la nota original o el hecho que el titular del dato personal que solicita el olvido sea un menor, inclinará la balanza a favor del menor.

4.3.4. Cuarto criterio: Exactitud o inexactitud del dato personal

Este criterio requiere preguntarse si el dato personal es exacto o inexacto. La Directiva Europea requiere que los datos personales sean “... exactos y, cuando sea necesario, actualizados” agregando la norma que “deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas” (art. 6 “e” de la Directiva Europea).

Ahora bien, el WP29 interpreta que no es necesario que el buscador esté monitoreando activamente Internet para detectar este tipo de inexactitudes, que por

³⁵ Cfr. REMOLINA ANGARITA, Nelson, Tratamiento de datos personales. Aproximación internacional y comentarios. Ley 1581 de 2012, Legis, Bogotá, 2013, pag. 170/175.

otra parte sería imposible de realizar. Sólo cuando se recibe un pedido concreto para eliminar del índice del buscador determinado contenido se deberá investigar el asunto y decidir si corresponde delistar o no dicha referencia de los resultados de búsqueda.

El documento señala que el término “exacto” se refiere a “exacto como una cuestión de hecho”. Añade que se debe diferenciar entre una búsqueda en Internet que arroja como resultado la opinión que una persona tiene de otra persona y la búsqueda que aparenta tener información fáctica.

El informe del WP29 explica que en el Derecho de la Protección de Datos Personales los conceptos de exactitud, adecuación e incompletitud están relacionados. Es más probable que una agencia de protección de datos personales acepte delistar un resultado de búsqueda cuando la inexactitud proviene de una cuestión fáctica que presenta un perfil inexacto, incompleto de una persona.

El informe del WP29 cuando el titular del dato objeta el resultado de la búsqueda en base a la inexactitud del dato indexado, la agencia de protección de datos podrá atender el reclamo si está probada dicha inexactitud con información aportada por el titular.

El documento del WP29 termina señalando que si la inexactitud está sujeta a un proceso judicial o administrativo o a una investigación, entonces la agencia de protección de datos podrá optar por no intervenir hasta tanto se resuelva ese proceso. Aunque esto se refiere a la decisión que debe adoptar la agencia, también el criterio es válido para un tribunal que tenga que resolver sobre el derecho al olvido³⁶.

Este criterio entonces no es un criterio directamente a favor del titular del dato personal, pues requiere diferenciar las expresiones fácticas de las meras opiniones expresivas, y asimismo verificar si existe un proceso judicial sobre la cuestión específica debatida en el pedido donde se podrá estar discutiendo la verdad o falsedad de los hechos. El resultado de este proceso podrá ser a favor o en contra del reclamante e impactar tanto a favor como en contra de su pedido de desvinculación del índice.

³⁶ Por ejemplo en un caso holandés que comentamos recientemente en el diario La Ley el tribunal rechazó el olvido sobre una condena penal que aun no estaba firme. Cfr. nuestra nota *Derecho al olvido en Internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés)*, La Ley 17/12/2014.

4.3.5. Quinto criterio: Datos personales relevantes o excesivos

En esta sección el Grupo de Trabajo sugiere evaluar si la información contenida en los resultados de búsqueda es relevante o excesiva de acuerdo al interés del público en acceder a la información.

Un punto para determinar la relevancia del dato personal es la antigüedad de la noticia. Dependiendo siempre de los hechos del caso, la información que fue publicada hace 15 años puede ser menos relevante que los datos publicados hace un año o hace solo unos días.

Por eso la agencia de datos personales debe evaluar la relevancia en función de los siguientes criterios que en modo alguno son exhaustivos sino sólo un muestreo de la problemática en relación a datos sobre el trabajo, datos sobre injurias y datos sobre opiniones de la persona:

a). Datos personales que se refieren a la vida laboral del titular del dato:

Una primera distinción que sugiere el Grupo de Trabajo del Art. 29 es entre la vida privada y la vida profesional de un sujeto.

El informe explica que la protección de datos y el derecho a la privacidad están enfocados en asegurar el derecho fundamental a la vida privada. Agrega que si bien todos los datos de una persona son datos personales, no todos sus datos son privados. Hay una distinción básica entre la vida privada de una persona y sus aspectos profesionales o públicos. La disponibilidad de la información en una búsqueda sobre una persona será más aceptable mientras menos aspectos revele de su vida privada.

Como regla general, la información relacionada con la vida privada de un sujeto que no juega un rol en la vida pública debe ser considerada “irrelevante”. Sin embargo, las figuras públicas también tienen un derecho a la privacidad aunque de forma limitada.

La información va a ser mas relevante si se refiere a la vida laboral del titular del dato personal, pero también dependerá del tipo de trabajo y del interés legítimo del público en tener acceso a esa información en una búsqueda en Internet usando el nombre del titular del dato.

Dos preguntas adicionales aparecen en el informe del WP29 como relevantes para precisar la pertinencia del dato. La primera es si los datos personales referidos al trabajo de la persona son excesivos; la segunda es si el titular del dato sigue relacionado con ese trabajo.

En ambos casos, si la respuesta es afirmativa posiblemente la conclusión de la agencia de protección de dato se inclinará por desvincular el dato del índice del buscador.

b). Resultados injuriosos, ofensivos o que constituyen una expresión basada en el odio racial:

Este criterio requiere preguntarse si el resultado incluye información que es injuriosa, ofensiva o que constituye una expresión basada en el odio racial.

El informe del WP29 señala que las agencias de protección de datos no tienen facultades ni están preparadas para lidiar con información que constituya calumnias, injurias, u ofensas a terceros incluidas cuestiones de “*hate speech*”, esto es el discurso motivado por el odio racial o religioso, que es ilegal en Europa. En esos casos es común que las agencias de protección de datos reenvíen al reclamante a los tribunales pertinentes o a la policía cuando corresponda.

El informe aclara que la situación es diferente si un tribunal concluyó que la publicación de la información es una ofensa criminal y constituyó una violación de otras normas. Sobre este aspecto igualmente las Agencias de protección de datos son competentes para verificar la violación de la ley de protección de datos.

c). Opiniones personales vs. hechos verificados.

El *status* de la información contenida en el resultado de una búsqueda puede ser relevante, en particular a los fines de diferenciar entre una opinión personal y hechos verificados.

Las agencias de protección de datos personales han reconocido que algunos resultados de búsqueda contienen hipervínculos a contenidos que pueden ser parte de una campaña personal contra una persona, o constituir exabruptos (*rants*) o tal vez comentarios con la finalidad de disgustar a una persona.

Si bien la disponibilidad de esa información podrá herir los sentimientos de un individuo o incomodarlo, esto no significa necesariamente que la agencia de protección de datos considerará necesario que el resultado en cuestión sea removido del índice del buscador.

Sin embargo el informe concluye “la agencia de protección de datos deberá estar mas propensa a remover del índice el contenido que aparenta ser un hecho verificado, pero que es factualmente inexacto”.

El informe usa el término “*factually inaccurate*” sin embargo nos parece un error. El derecho al olvido no procede porque los datos son falsos, sino porque son antiguos o violentan el principio de finalidad, pero siempre los datos son verdaderos. Si no son verdaderos el titular del dato no debe recurrir al olvido sino al derecho a rectificar información inexacta.

4.3.6. Sexto criterio: Datos sensibles y derecho al olvido

El sexto criterio se refiere a la existencia de datos sensibles³⁷ y requiere analizar el impacto que esta clase de datos tiene en la evaluación de retirada del índice del buscador de los vínculos en cuestión. El documento señala que esta clase de datos tiene mayor impacto en la vida privada del individuo que los datos personales comunes u “ordinarios”.

El informe cita como ejemplo a los datos sobre salud, sexo o creencias religiosas. Las agencias de protección de datos serán más propensas a intervenir y decidir a favor de la desindexación cuando el rechazo sea sobre cuestiones que revelen datos sensibles al público.

Es cierto que se deberá analizar el contexto de la noticia y la situación concreta del sujeto. Por ejemplo un sacerdote o un rabino que aparecen mencionados en una nota con sus posiciones no podrían cuestionar que se haga referencia a su religión pues en esos casos es algo notoriamente público³⁸. Pero el ciudadano común

³⁷ El artículo 8 de la Directiva Europea dispone que “Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad”. Curiosamente la directiva europea no menciona la palabra sensible al tratar datos sensibles. La Directiva Europea contiene una SECCIÓN III titulada “CATEGORÍAS ESPECIALES DE TRATAMIENTOS”.

³⁸ Cfr. art. 8.2. inc. e) de la Directiva Europea: “Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará cuando... e) el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos...”.

puede tener reservas sobre la revelación indiscriminada de sus creencias religiosas en Internet³⁹.

4.3.7. Séptimo criterio: Dato personal accesible mas allá de lo necesario para la finalidad para la cual fue procesado

El séptimo criterio que analiza el grupo lleva a preguntarse si el dato personal accesible mas allá de lo necesario para la finalidad para la cual fue procesada. El principio de finalidad sostiene que los datos deben ser procesados exclusivamente para la finalidad por la que fueron recolectados.

En este punto el informe señala que como regla general, las agencias de protección de datos deben usar este factor con el objetivo de asegurarse que la información que ya no está razonablemente actualizada o que se ha vuelto inexacta por el transcurso del tiempo debe ser desvinculada del índice del buscador. Tal evaluación dependerá de la finalidad del procesamiento o de la recolección original de los datos personales.

Entendemos que este es un tema central en la evaluación de la procedencia del derecho al olvido, y en general esta evaluación debe hacerse caso por caso. Pero es lamentable que el Informe del WP29 le dedique tan poco desarrollo a este criterio, mas allá de su mera mención.

Este criterio tiene otro problema que es la fuente original del dato, generalmente un medio de prensa, que suelen estar exentos de l régimen de protección de datos personales (por ej. art. 9 de la Directiva Europea y normas locales concordantes). Este criterio termina aplicando en forma indirecta el principio de finalidad a una nota periodística (que deja de ser hallable a través del buscador tipeando el nombre del titular del dato) pese a que el fallo “Google Spain” divide los tratamientos del buscador y del editor de la página web como dos procesamientos distintos.

4.3.8. Octavo criterio: El perjuicio al titular del dato personal

Bajo el Derecho Europeo de protección de datos personales no es obligatorio que el titular del dato personal demuestre un daño concreto a los fines de obtener la desvinculación de su nombre del índice del buscador.

³⁹ Aquí nuevamente aparece la línea divisoria entre el derecho de supresión, el derecho al olvido y la supresión de un dato porque es íntimo, personal o privado.

En otras palabras, de acuerdo a la interpretación del Tribunal Europeo de Justicia en el caso “Google Spain” la existencia de un perjuicio concreto no es una condición para el ejercicio del derecho al olvido del titular del dato⁴⁰.

Sin embargo, el informe del WP29 aclara que cuando hay evidencia clara que los resultados de búsqueda están afectando concretamente al titular del dato, éste debe ser un factor que juega a favor de delistar el nombre de la persona del índice del buscador.

Cabe recordar que la Directiva permite al titular del dato personal objetar un tratamiento de datos cuando existen “*compelling legitimate grounds*”. Cuando la objeción está justificada, el responsable del tratamiento debe cesar el tratamiento de datos personales.

También el documento señala que los datos pueden tener un impacto desproporcionado en el titular del dato personal cuando una búsqueda en Internet revela eventos triviales o “hechos ilícitos menores” que ya no son objeto de debate público y donde no hay más interés en hacer accesible la información en cuestión.

4.3.9. Noveno criterio: Información encontrada a través del buscador que pone en riesgo a la persona

Este criterio hace alusión a las situaciones donde la disponibilidad de información en búsquedas de Internet puede dejar a los sujetos expuestos a un riesgo serio y concreto, y se ejemplifica con casos de robo de identidad, secuestros, amenazas o acoso (e.j. *stalking*). También cabe citar como otros ejemplos testigos de identidad reservada u oculta, cambio de nombre y domicilio de personas por protección en casos de terrorismo, casos de violencia familiar o de género donde se identifica la residencia de la víctima y ello causa un grave riesgo a su integridad personal o la de su entorno.

La existencia de este *riesgo* adicional es un elemento distinto a la exigencia de daño concreto, que, como se explicó, no resulta necesaria en el derecho europeo de la

⁴⁰ Así en el párrafo 96 del fallo “Google Spain” el tribunal señaló que “... al apreciar tales solicitudes presentadas contra un tratamiento como el controvertido en el litigio principal, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre. A este respecto, cabe señalar que la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado”.

protección de los datos personales. Es un elemento –el riesgo a la persona o sus bienes- que de estar presente inclinará la balanza a favor del titular del dato personal.

Desde hace años, los buscadores rutinariamente remueven de su índice datos tales como números de tarjetas de crédito o cuentas bancarias, datos de identificación personal, números de seguridad social, pasaportes, firmas escaneadas, etc. con el fin de evitar la divulgación de estos datos personales. Por ende este punto no parece generar mayor controversia.

4.3.10. Décimo criterio: Contexto en el cual fue publicada originalmente la información.

El informe del WP29 trata dos cuestiones importantes relativas al contexto en que fue publicado el dato personal. Primero se pregunta si se trata de una revelación voluntaria del titular del dato. Segundo, si el contenido estaba destinado a hacerse público y también si el titular del dato podría haber razonablemente sabido que se haría público.

En el primer caso podría suceder que el dato personal fue válidamente publicado con el consentimiento de su titular. Luego éste no quiere que siga estando accesible (revoca el consentimiento) y por ende la actividad de tratamiento y difusión del dato carece de base legal y debe cesar. El informe del WP29 explica que si la única base legal para la difusión del dato es el consentimiento, y éste es revocado, la actividad de procesamiento deja de tener base legal. Restaría analizar y enumerar – cosa que el informe del WP29 no hace- cuales son las bases o supuestos en los cuales se puede publicar sin consentimiento del titular del dato.

Al Informe del WP29 también le faltó aclarar que en ciertos contextos el titular del dato tiene un control casi absoluto sobre la información que él publicó (ej. en una red social) y en esos casos no tiene sentido recurrir al derecho al olvido: el sujeto simplemente debe configurar los controles de la red social, hacer privado su perfil o el dato, o simplemente borrarlo si las funcionalidades de la red social se lo permiten. Por eso en principio estos casos podrían quedar fuera del derecho al olvido.

4.3.11. Undécimo criterio: Contenido publicado con fines informativos por la prensa

Las agencias de protección de datos han considerado en algunos casos que dependiendo del contexto, puede ser relevante considerar que la información fue publicada con fines periodísticos o informativos.

Según el informe del WP29, el hecho que el dato fue publicado por un periodista⁴¹ cuyo trabajo es informar al público debe ser un factor importante a valorarse en el análisis. Entendemos que debería jugar a favor de mantener el dato personal, lo cual sin embargo no implica que no exista derecho al olvido sobre notas periodísticas.

Sin embargo este criterio aislado no constituye un fundamento en si mismo para denegar un pedido para delistar contenidos del índice del buscador pues el fallo “Google Spain” claramente separa la base legal que usó la prensa para publicar una nota (o realizar tratamiento de datos personales), y la base legal que los buscadores tienen para organizar los resultados de búsqueda en función del nombre de una persona (que también implica realizar tratamiento de datos personales).

4.3.12. Criterio decimosegundo: Obligación legal de publicar los datos personales

El criterio n. 12 que analiza el documento del WP29 se pregunta si existe una obligación o facultad legal del editor de hacer públicamente accesible la información.

Ciertas autoridades públicas (ej. las que están a cargo de registros públicos) tienen el deber legal de hacer accesible al público cierta información personal. Esto varía y depende de cada jurisdicción y las reglas legales y costumbres allí imperantes.

En estos supuestos el Grupo de Trabajo sugiere que la autoridad de protección de datos no deberá desindexar la información mientras el requisito de publicidad del dato subsista. Sin embargo se sugiere analizar el caso específico, junto a otros criterios como la irrelevancia o no del dato y su actualidad.

El documento aclara sin embargo que la agencia de protección de datos puede considerar que la desindexación es apropiada incluso si existe una obligación legal de

⁴¹ Cabe admitir que hoy en día el concepto de periodista se ha desdibujado por las numerosas personas que tiene canales alternativos para publicar noticias como es el caso de blogs, twitter, redes sociales, etc.

hacer accesible el contenido en el sitio original. Esto se justifica en la teoría de que hay dos tratamientos separados de datos personales, el del sitio original y el del buscador.

El Grupo de Trabajo no da ejemplos pero pensemos en las autoridades que tienen por fin informar, por ejemplo el registro de deudores de cuota alimentaria, o el boletín oficial que publica constantemente información con los fines de lograr la publicidad de los datos y actos administrativos allí contenidos. Estos registros pueden ser indexados por el buscador y arrojar resultados muy antiguos cuando se busca el nombre de una persona en la web.

4.3.13. Criterio décimo tercero: Datos que se refieren a un delito penal

El Informe del WP29 señala que los países miembros tienen diferentes legislaciones y enfoques en la materia. Existen diversas posiciones que se reflejan en multitud de normas regulando la posibilidad de publicar o no el nombre de quien cometió un delito, o el delito cometido y esto puede impactar en la disponibilidad de la información una vez transcurrido cierto tiempo. Por ello el informe del WP29 explica que cada agencia de datos personales deberá tratar el caso de acuerdo a los principios nacionales aplicables que varía según cada país⁴².

Como regla general, se señala que la agencia de datos personales deberá ser favorable a considerar la desindexación de resultados que se refieran a ofensas penales menores que ocurrieron hace largo tiempo mientras que deberán rechazar pedidos de desindexación de hechos mas serios o que hayan ocurrido recientemente. El informe concluye que es necesario el enfoque caso por caso.

Un precedente reciente sobre este último supuesto tuvo lugar en Holanda. El actor había demandó ante los tribunales holandeses al buscador Google invocado el caso “Google Spain” y pretendía que se elimine de los resultados y sugerencias de Google la mención de su nombre, y un video en Youtube que fue la base de su condena penal por ser autor intelectual de una tentativa de homicidio. El tribunal de primera instancia holandés rechazó el pedido de derecho al olvido de la condena⁴³.

⁴² Ver Elena LARRAURI PIJOAN, *Criminal record disclosure and the right to Privacy*, Criminal Law Journal n. 10, 2014, http://www.upf.edu/pdi/larrauri/_pdf/Elena__x2014x_Crim.L.R._10x1x.pdf

⁴³ Tribunal de primera instancia en lo civil de Amsterdam (Holanda), 18/9/2014, caso n. C/13/569654/KG ZA 14-960 PS/BB, Arthur van M. v. Google Netherlands y Google Inc. y nuestro comentario: *Derecho al olvido en Internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés)*, La Ley 17/12/2014.

5.CONCLUSIONES PRELIMINARES

El documento del WP 29 comentado en este artículo es muy importante pues refleja los primeros criterios meditados sobre la forma de implementar el derecho al olvido en Internet. El derecho reconocido en el caso “Google Spain” es muy complejo y difícil de implementar.

Muchas de las conclusiones que elabora el Informe del Grupo de Trabajo superan lo decidido por el Tribunal y llevarán a preguntarse a los operadores de Internet si no ha existido un avance mayor al fallo con posterioridad al caso “Google Spain”.

En particular el Informe amplía no solo a nombres de personas sino también a apodos o sobrenombres. También expande en forma universal el alcance del derecho al olvido a todos los niveles de dominios, no solamente los europeos (ej. .co.uk, .fr., .es) sino al .com. Finalmente también se manifiesta en contra de notificar en forma individual las remociones y de poner avisos generales sobre remoción de contenidos del índice.

Todo estos “ajustes” eran de alguna forma necesarios. Es cierto también que el Grupo de Trabajo del Art. 29 abrió nuevos debates. Todo ello demuestra que el derecho al olvido es un derecho que va a estar en constante formación y evolución en sus primeros años.

Estos ajustes del WP29 podrán ser convalidados o no a nivel individual por cada miembro de la Unión Europea. Lo más probable es que ello ocurra pues el Grupo de Trabajo del Art. 29 está integrado por representantes de las propias agencias europeas de protección de datos personales. Los criterios elaborados por el WP29 son una “ida y vuelta” dentro del “dialogo europeo” en materia de protección de datos personales.

Es de esperar entonces que en una primera etapa, la jurisprudencia local validará o no estos criterios en cada caso luego de emitido un pronunciamiento por la agencia de protección de datos local. También podrá encontrar nuevos criterios mas allá de los 13 mencionados en el reporte del WP29.

En una segunda etapa, cuando la nueva Regulación europea sea aprobada y entre en vigencia (con una redacción final del derecho al olvido que aun se desconoce), se esperan nuevos debates sobre la interpretación del nuevo texto legal. Y estos nuevos

debates podrían dar lugar a un nuevo fallo del TJUE interpretando el nuevo texto de la Regulación y convalidando o no su criterio anterior, basado en la Carta Europea de Derechos Humanos. Como dijo un conocido especialista español al comentar el caso del TJUE sobre derecho al olvido: “...el fallo del Tribunal Europeo de Justicia fue sólo el comienzo”.