El derecho al olvido y su protección

POR **ARTEMI RALLO LOMBARTE**

La evolución de Internet, y especialmente la llamada Web 2.0, ha planteado nuevas posibilidades de crear y acceder a la información en este medio; situación que obliga a considerar las repercusiones de la tecnología, que en principio es neutral sobre los derechos de las personas y en particular respecto al derecho a la privacidad y protección de datos personales.

En la actualidad, se observa que las herramientas de más éxito en la Red son aquellas que están destinadas a ser alimentadas a través de la aportación de los propios individuos que las emplean, y cada vez es mayor el número de aplicaciones en las que el usuario deja de ser mero espectador para convertirse en difusor de información personal, propia y de terceros. Es este uno de los ámbitos donde están emergiendo nuevos conflictos relacionados con la privacidad.

El derecho al 'olvido digital'

Basta con una simple búsqueda en Internet para encontrar numerosa información de una persona, donde a menudo parte de la misma ha sido publicada por terceros. Por otro lado, nuestra actividad en Internet adquiere cada vez mayor proyección en nuestra vida privada, lo que unido al hecho de que la Red ocupe cada vez un mayor espacio en los hábitos cotidianos de la ciudadanía, hace necesario reflexionar ante el impacto de esta herramienta, imprescindible en la sociedad actual, en el ámbito de la privacidad.

El carácter global y universal de la Red, así como el hecho de la permanencia y fácil acceso de la información contenida en ella, ponen de relieve la necesidad de que, de una parte, los usuarios tomen conciencia de las informaciones -propias y de terceros- que suministran, con el fin de evitar una posible pérdida de control de las mismas cuando se incorporen en Internet; y de otra, que se dote a al usuario de mecanismos efectivos de defensa ante los riesgos que pueda entrañar el imparable desarrollo de este sistema.

En los últimos años parecía afianzarse la afirmación de que 'quien no está en Internet no existe'. Sin duda ello ha contribuido a la notable expansión de servicios como redes sociales

Fundación Telefónica
Telefónica

o foros de Internet. Sin embargo, es claro cómo, una vez superado este espejismo de la notoriedad otorgada por la presencia en Internet, son cada vez más la voces que reclaman la necesidad de unos límites y de dotar al ciudadano de mecanismos de garantía de sus derechos, principalmente cuando se trate de informaciones no reveladas ni difundidas por ellos.

Así, con mayor frecuencia se percibe que hay muchos usuarios de Internet que aunque en origen podían estar encantados con aparecer en buscadores o redes sociales, hoy por el contrario perciben que esto les plantea problemas personales y quieren evitar que siga manteniéndose esa información personal en la Red y borrar el rastro que han dejado durante el tiempo que han utilizado Internet.

Casos vinculados a despidos laborales por informaciones publicadas en redes sociales o informaciones relativas a prácticas de empresas de selección de personal que rastrean la Red para analizar a candidatos a puestos de trabajo son algunos de los supuestos por los que los ciudadanos quieren desaparecer o restringir su presencia en la Red.

Pero además, la difusión y recuperación de información personal en Internet puede entrañar perjuicios personales todavía mayores si tenemos en cuenta situaciones y casos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)[1] vinculados a la indexación en buscadores de datos publicados en diarios oficiales o medios de comunicación y referidos a materias tan sensibles como la publicación de indultos, condenas, o la concesión de subvenciones a drogodependientes o víctimas de violencia doméstica, con identificación de sus beneficiarios.

Mientras en la vida real el ciudadano otorga sus datos para una finalidad concreta y existe la posibilidad de que éstos se cancelen una vez agotada su finalidad, en Internet entran en juego elementos como los motores de búsqueda, que además de generar una multiplicación sin límites de la información, la dotan de un carácter 'cuasi eterno' que puede alterar la línea del tiempo.

Ante esta circunstancia, ¿existe o disponen los ciudadanos de mecanismos efectivos para ejercer su 'derecho al olvido digital'? En teoría, todo ciudadano debe tener control y disposición sobre sus datos; más aún cuando la difusión de cierta información personal puede tener un impacto muy negativo en la vida diaria. Asimismo, y aparte de los posibles perjuicios que pueda entrañar a una persona esa difusión masiva en Internet, debemos insistir en que ningún ciudadano que no sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a que sus datos se difundan en Internet sin poder reaccionar ni corregir su inclusión.

Por esto, uno de los principales retos actuales es dotar a los ciudadanos de mecanismos reales y efectivos de garantía de este llamado 'derecho al olvido digital', ante situaciones que puedan poner en riesgo, no ya sólo la vida privada de las personas, sino el conjunto de sus libertades.

Fundación Telefónica
Telefónica

En esta línea parecen encaminarse en los últimos tiempos diversas iniciativas por parte de los poderes públicos para dotar a los ciudadanos de estos necesarios mecanismos de defensa y un control real sobre la información personal que se publica en la Red. Así, recientemente en Alemania se anunciaba un proyecto de Ley que contempla controlar el acceso y uso de los empleadores a las informaciones publicadas en servicios de Internet, como redes sociales, de trabajadores o solicitantes de un puesto de trabajo. Por su parte, en el pasado mes de mayo, el Gobierno galo abría una consulta pública para ciudadanos y empresas del sector tecnológico sobre la necesidad de regular el derecho al olvido en Internet. También la Comisión Europea anunciaba el pasado mes de junio que se dispone a revisar la legislación de la UE sobre protección de datos, para otorgar a los usuarios de Internet un 'control efectivo' sobre sus datos personales y reflexionar sobre el 'derecho al olvido' en el mundo virtual.

La configuración del 'derecho al olvido'

Constatamos en los últimos tiempos cómo los ciudadanos toman conciencia de su privacidad y de cómo hacer valer sus derechos, incluso en el aparentemente incontrolable mundo virtual. De este modo se observa que un número creciente de ciudadanos han reaccionado reclamando su 'derecho al olvido en Internet', invocando a los instrumentos de defensa jurídica de los que disponen ante la AEPD, como autoridad garante del derecho a la protección de datos, mediante la solicitud de tutela de sus derechos de oposición y cancelación respecto a informaciones publicadas en Internet. Como se pone de manifiesto en la última memoria de esta institución[2], en los últimos tiempos se observa un notable incremento en las reclamaciones atendidas relativas a la publicación y difusión de datos personales en páginas de Internet, redes sociales, foros y portales de vídeo.

En diversas resoluciones[3] dictadas por esta institución, en respuesta a solicitudes de ciudadanos pidiendo la cancelación de sus datos personales en páginas web y servicios de Internet, la AEPD ha resuelto instando a los responsables de los sitios web que alojan la información personal a cancelarlas. En líneas generales, la fundamentación de dichas resoluciones se asienta en ausencia de criterios que permitan otorgar una prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la protección de datos.

En el criterio establecido se pone de manifiesto que, si bien las informaciones publicadas en lugares como foros de Internet, pudieran constituir una manifestación de la libertad de expresión de los particulares, la prevalencia de las libertades de expresión e información frente al derecho fundamental a la protección de datos no puede entenderse de forma absoluta. Al mismo tiempo, cabe destacar que la LOPD no recoge exenciones o excepciones al régimen de tratamiento de datos personales en ella contenido con fundamento en la libertad de expresión o información, por lo que se hace preciso ponderar los intereses en conflicto, para poder determinar cuál de ellos debe prevalecer.

Necesaria ponderación de derechos y libertades

Partiendo del hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiende a otorgar una

Fundación Telefónica
Telefónica

posición preferente a la libertad de expresión frente a otros derechos constitucionales, siempre y cuando los hechos comunicados se consideren de relevancia pública (Sentencias del Tribunal Constitucional 105/1983 y 107/1988) y atendiendo a la veracidad de la información facilitada (sentencias del Tribunal Constitucional 6/1988, 105/1990 y 240/1992), la AEPD ha venido a considerar en varias de sus resoluciones que, aunque pudiera tratarse de una información veraz, al no referirse a asuntos públicos de interés general resulta preferente el derecho fundamental a la protección de datos.

Cabe aludir además al pronunciamiento en este sentido de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10/11/2006, recogiendo respecto de la libertad a la información veraz que «[…] ninguna objeción puede hacerse a la finalidad que persigue el derecho a la libertad de información veraz, pero dicho derecho fundamental no es un derecho absoluto, sino que hay que ponerlo en relación con otros derechos fundamentales, como lo es en este caso, el derecho fundamental a la protección de datos al que se refiere la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 […]».

Por todo ello, la AEPD ha venido a proclamar que ningún ciudadano que no goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la Red sin poder reaccionar ni corregir la inclusión ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet. Asimismo, en el criterio establecido por esta institución se reconoce que el ciudadano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las libertades de expresión e información debe gozar de mecanismos reactivos amparados en Derecho que impidan el mantenimiento secular y universal en la Red de su información de carácter personal.

Buscadores de Internet: la incidencia de sus efectos multiplicadores

Singular atención merece el creciente interés mostrado por los ciudadanos para que sus datos personales no aparezcan en los índices o resultados que ofrecen los motores de búsqueda en Internet a partir de los datos identificativos de una persona.

En los últimos tiempos la generalización de las prestaciones y uso de estos servicios está comportando importantes consecuencias al activar y permitir el acceso de cualquiera a datos personales que con anterioridad eran difícilmente localizables, por encontrarse dicha información alojada en sitios web que posibilitan su captación y acceso a través de la indexación que realizan los buscadores.

Como ya se ha puesto de manifiesto en relación a quienes hacen accesible en la Red la información, aunque el tratamiento de los datos de los usuarios pueda estar legitimado en origen -por ejemplo, el ejercicio de los derechos fundamentales vinculados a la libertad de expresión-, ello no excluye que deban garantizarse, a solicitud de su titular, el ejercicio de los derechos que la LOPD les reconoce.

Sin embargo, en el ámbito de los servicios de búsqueda adquiere una relevancia especial la tutela de los derechos de aquellas personas a cuyos datos puede accederse como

Fundación Telefónica
Telefónica

consecuencia de las búsquedas realizadas. En la medida en que la actividad de los buscadores se centra principalmente en asociar los términos de búsqueda a los sitios web en los que consta esta información, el ejercicio de los derechos de cancelación u oposición debería estar asociado a un ejercicio correlativo de tales derechos frente a los responsables de estos sitios web, que son quienes, en origen, permiten el acceso a la información personal.

Sin embargo, el conflicto surge cuando la página o sitio web que aloja la información no puede borrar los datos por existir un amparo legal o un conflicto con otro derecho fundamental, y su indexación por parte de buscadores provoca una difusión masiva de la información personal. Es aquí cuando puede alcanzar su plena virtualidad el derecho del ciudadano a oponerse al tratamiento, si concurre un motivo legítimo y fundado referido a su concreta situación personal.

La AEPD ha venido delimitando, a través de diversas resoluciones[4], criterios para tutelar la procedencia del derecho de cancelación y oposición en servicios de búsqueda. En su mayor parte, las reclamaciones recibidas en este ámbito han tenido su origen en la indexación y recuperación por buscadores de Internet de datos personales contenidos en boletines oficiales y ediciones digitales de medios de comunicación. Se trata de situaciones en las que el responsable del sitio web se puede ver impedido a cesar en el tratamiento de los datos, en virtud de exigencia legal, o al encontrase amparado a mantener la información; obligación o amparo que, en todo caso, no es exigible o aplicable al responsable del servicio de búsqueda.

En estos casos, las resoluciones dictadas, cuando existen razones individuales y motivadas que lo justifiquen -y así lo ha estimado la Agencia-, reconocen el derecho de los solicitantes, ordenando a los buscadores a adoptar medidas no sólo para cesar en el tratamiento de la información, sino también para impedir el acceso futuro a la misma a través de su servicio.

La fundamentación jurídica sobre la que se asientan dichas resoluciones parte, de un lado, del sometimiento de los prestadores de estos servicios a la legislación nacional[5] (aun encontrándose el responsable de tratamiento situado fuera del Espacio Económico Europeo, la legislación comunitaria se aplica cuando cuenta con un establecimiento en un Estado miembro o cuando acude a medios situados en éste), y de la ausencia de precepto legal o amparo constitucional a la permanencia de la información en los índices de búsqueda, ni en las páginas que buscadores conservan temporalmente en memoria ‘caché’.

Cabe incidir en que en el caso de los buscadores no sólo es la normativa específica de protección de datos la que determina la ley nacional aplicable, sino que dicha normativa resultaría en todo caso aplicable por determinación del tenor literal de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Esta norma, que incluye a los buscadores dentro de la definición de ‘Servicios de la Sociedad de la Información’, establece que los servicios de búsqueda, como servicios de intermediación en los que el prestador del servicio no es, en principio, responsable de los contenidos informativos a los que facilita el acceso, debe eliminarlos o impedir dicho acceso a requerimiento de un órgano competente que cuestione su licitud.

BY NC ND

Por otro lado, una vez más se hace necesario insistir en los efectos divulgativos multiplicadores que se producen a través de los buscadores y su repercusión en la protección de datos de las personas. En este ámbito, y aun teniendo en consideración la necesaria ponderación de libertades y derechos que pueden entrar en juego, en ningún caso puede entenderse que la libertad de información impone que los datos personales de los posibles reclamantes, cuando concurran motivos fundados, figuren en los índices de los buscadores de Internet para facilitar a los usuarios el acceso a determinadas páginas.

No obstante, cabe añadir que también ha habido que tener en cuenta las posibles acciones que los *webmasters* pudiesen adoptar encaminadas a hacer efectivo el derecho solicitado por el particular. Por ello debemos indicar que en la mayor parte de estas resoluciones de la AEPD se recomienda a estas web que arbitren las medidas necesarias con el fin de evitar la indexación de los datos del interesado e impedir que sean susceptibles de captación por los motores de búsqueda.

De todo lo expuesto cabe concluir que hoy el derecho al olvido comienza a adquirir singular relevancia, principalmente en el ámbito de las aplicaciones de uso masivo en la Red, ante su capacidad para dotar a nuestra información personal de una difusión y exposición global y universal -como son las redes sociales, los buscadores o las plataformas de vídeo- y en la era del denominado 'periodismo ciudadano'.

Los ciudadanos se preguntan: ¿tengo que soportar estar expuesto en Internet? La respuesta es No. Tal y como se ha expresado, en los últimos tiempos la AEPD ha venido materializando y conformando este llamado 'derecho al olvido' mediante la aplicación de los instrumentos de defensa y tutela de los derechos de los ciudadanos que el legislador les ha atribuido. No obstante, junto a ello se hace preciso demandar de los responsables de estos servicios un papel activo y una diligencia específica en las garantías de los derechos de los ciudadanos y especialmente en la atención del derecho al olvido de los internautas.

Ofrecer garantías frente a los nuevos riesgos que plantean y aventuran las nuevas tecnologías, mediante el reconocimiento de nuevos derechos que garanticen el necesario equilibrio entre la naturaleza abierta de Internet y la protección de la privacidad, debe formar parte de la agenda social de este momento y sin duda representa uno de los desafíos actuales, a fin de proteger los derechos y libertades necesarios en cualquier sociedad democrática.

Notas

1 Véase TD/00172/2009.

2 «Las solicitudes de cancelación de datos en Internet, u oposición a que éstos sean recopilados y difundidos por buscadores de Internet se incrementaron un 200 por cien en

Fundación Telefónica
Telefónica

2009». AEPD (2009). *Memoria anual 2009*.

3 Véase TD/266/2007.

4 Véase TD/01335/2008 y TD/00627/2009.

5 El documento *WP 148 de 4 abril de 2008*, elaborado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 'GT29', relativo a buscadores, analiza detalladamente la cuestión de la ley aplicable.

Fundación Telefónica
Telefónica