

El «derecho al olvido» frente a publicaciones en boletines oficiales con acceso a los motores de búsqueda

CAROLINA PINA SÁNCHEZ e IGNACIO GONZÁLEZ ROYO

Garrigues Abogados

El objeto del presente texto es analizar el concepto de «derecho al olvido»¹ partiendo de la sentencia de 30 de julio de 2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vigo (aquí nos referiremos a ella como la «Sentencia») puesto que ella se refiere al conflicto que surge cuando un particular pretende que se eliminen de internet datos e informaciones publicadas en boletines oficiales que han accedido a Internet como consecuencia de determinados imperativos legales.

Se adelanta desde ya que el ejercicio del derecho al olvido puede colisionar, y de hecho colisiona, con otros derechos y obligaciones legales, no menos importantes que el derecho a la protección de datos, que es la vía que se suele utilizar en la práctica para ejercitar el «derecho al olvido».

Obviamente, la preocupación del ciudadano por controlar sus datos alcanza su mayor dimensión en internet, ya que es ahí donde los datos pueden llegar a permanecer a perpetuidad (precisamente los boletines oficiales persiguen esta perpetuidad) y donde mayor grado de difusión de la información se consigue (precisamente la difusión de las normas está en el espíritu de las publicaciones oficiales).

Todo lo anterior nos lleva a una cuestión crucial: ¿cuál es la verdadera finalidad del derecho al olvido? ¿Es suprimir los datos de internet o es, realmente, dificultar el acceso a la información?

I. Comentarios a la sentencia de 30 de julio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vigo

Un individuo debía 150 euros como consecuencia de una sanción administrativa que le había sido impuesta con anterioridad. El mismo deudor, por causas desconocidas, no se encontraba en su domicilio cuando se le notificó la resolución, ni recogió la misma en la

1. En primer lugar, debemos indicar que no existe un concepto unívoco de qué es el «derecho al olvido» y qué contenido jurídico tiene. A este respecto, resulta significativo el Auto de Auto de 25 de junio de 2010 de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, que precisamente ha afirmado respecto del derecho al olvido que «todavía no hay ningún Gobierno que lo haya legislado».

oficina correspondiente. Por este motivo, y en cumplimiento de la normativa administrativa, se procedió a la pública notificación² de la resolución sancionadora mediante Edicto, en el Boletín Oficial de su provincia, Pontevedra (BOPP).

El BOPP, al igual que el Boletín Oficial del Estado, se difunde por internet y ya sólo está disponible mediante su edición electrónica. Es decir, únicamente se publica por internet en su correspondiente página web. Además, la administración responsable del BOPP, la Diputación Provincial, sirviéndose de los estándares de la tecnología, permite que el BOPP se rastree e indexe por los buscadores de Internet (como Yahoo, Lycos, Terra, Google, etc.). Por tanto, la información sobre la notificación de la resolución administrativa sancionadora era fácilmente accesible para cualquier persona al introducir el nombre del demandante en un buscador.

El individuo solicitó la cancelación de sus datos ante la Diputación Provincial de Pontevedra, como entidad encargada del Boletín, y ante la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra, como entidad responsable de emitir la resolución, para que se retirasen sus datos personales del BOPP. Sin embargo, dicha solicitud no fue atendida por entender que su pretensión no podía prosperar y la información continuó accesible en el Boletín y, éste a su vez, a través de buscadores de internet.

Por este motivo, el deudor inició un procedimiento judicial contra la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra y contra la Diputación Provincial de Pontevedra, así como contra la filial española de un buscador, solicitando al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vigo lo siguiente:

1. La declaración de la existencia de una intromisión ilegítima en su honor, al dar a entender que el individuo era deudor.
2. La condena a retirar sus datos personales del BOPP para que la información no sea accesible a través de internet.
3. La condena a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, incluyendo las costas del proceso.

Contra las pretensiones de este individuo, las partes demandadas alegaron los siguientes argumentos, entre otros:

1. La publicación de una sanción administrativa en el BOPP responde a una obligación establecida por ley y no es una potestad de la administración.
2. La publicación de una resolución administrativa sancionadora no atenta contra el derecho al honor e intimidad. Además, la pública notificación fue motivada por el individuo al no estar en su domicilio, ni recoger la notificación.
3. El buscador no es responsable ni tiene la capacidad de controlar los contenidos publicados por terceros (como el BOPP), en tanto que presta únicamente un servicio de búsqueda automático, pasivo y neutral, sino que dicha responsabilidad y capacidad corresponde a la Diputación como gestora del BOPP.
4. En todo caso, la Diputación dispone de los denominados «protocolos de exclusión» que impiden el acceso, rastreo e indexación por parte de los motores de búsqueda,

2. Así, se publicó el número de expediente, la fecha y cuantía de la sanción, el nombre del deudor junto con la referencia a la ley y su domicilio.

por lo que es ella quien permite o puede evitar que la información aparezca a través de motores de búsqueda.

5. La retirada de los datos supondría una vulneración al principio de la difusión de las normas y del derecho de información. Además, dicha retirada supondría para el buscador una obligación de filtrado y monitorización prohibida por la Directiva de Comercio Electrónico³.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vigo concluye que la publicación en el Boletín Oficial responde a una exigencia legal que no constituye una intromisión en el derecho al honor e intimidad del individuo.

Por su parte, respecto al buscador, concluye que su filial en España carece de legitimación pasiva en tanto que la misma no controla, ni tiene poder de disposición sobre el motor de búsqueda, ni sobre los resultados de una búsqueda. Además, reconoce que el buscador no cuenta con las medidas necesarias para cumplir con la retirada de los contenidos de los Boletines Oficiales.

Por todo ello, desestima la demanda interpuesta por el particular.

II. Los derechos que las personas físicas tienen sobre sus datos personales y el derecho al honor y a la intimidad vs. la obligación legal de publicar en boletines y diarios oficiales

Existen numerosos supuestos prácticos en los que acceden a boletines oficiales publicaciones de informaciones que se pueden considerar «molestas» por los afectados. Tal es el caso, por ejemplo, de las sanciones administrativas como hemos visto en la Sentencia comentada o de los indultos regulados por la Ley del indulto⁴ cuya concesión debe hacerse en Real Decreto que se publicará en el Boletín Oficial del Estado⁵.

En la práctica, los particulares suelen esgrimir el derecho de protección de datos⁶, el derecho al honor y el derecho a la intimidad⁷, según el caso. Ahora bien, lejos de lo que pueden pensar los ciudadanos afectados, estos derechos no son absolutos y se encuentran limitados por otros derechos y libertades, algunos incluso de rango fundamental.

En primer lugar, la LOPD reconoce un conjunto de derechos a las personas físicas sobre sus datos de carácter personal en relación con el tratamiento de datos por parte de terceros. Entre otros, reconoce los denominados derechos ARCO, estos son, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

3. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva de Comercio Electrónico»).

4. Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto.

5. Artículo 30. La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el *Boletín oficial del Estado*.

6. Artículo 18.4 CE. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. [De este artículo emana la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, la «LOPD»)].

7. Artículo 18.1 CE. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. [De este artículo emana la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (en adelante, la «LO 1/1982»)].

Los derechos ARCO pueden ser ejercitados por el titular de los datos y entre estas facultades está la de solicitar cancelación de los datos⁸ o la de oponerse⁹ al tratamiento inconstitucional de los mismos «cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal».

Por tanto, está en la voluntad del ciudadano el ejercicio del derecho de cancelación y del derecho de oposición¹⁰ cuando concurren los requisitos de la LOPD. En aquellos casos en los que el afectado no ha prestado su consentimiento al tratamiento, el derecho de oposición es el que se suele ejercitar.

Sin embargo, la propia LOPD establece que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias¹¹. Por tanto, la inclusión del nombre de un particular como consecuencia de una pública notificación por Edictos por ejemplo, no exige que la Administración pública recabe el consentimiento del particular públicamente notificado.

Ahora bien, ¿podría prosperar el derecho de oposición del particular en ese caso? Lo cierto es que la LOPD en su artículo 6.4 establece que el afectado podrá oponerse a su tratamiento *siempre que una ley no disponga lo contrario*. Y aún más cierto es que existe una norma administrativa que obliga a la pública notificación por Edictos cuando se den

8. **Artículo 16. Derecho de rectificación y cancelación.** 1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días. 2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos. 3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión. 4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación. 5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado.

9. **Artículo 6. Consentimiento del afectado.** 1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. 3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos. 4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.

10. Además, los derechos de cancelación y de oposición tienen su paralelismo europeo en los artículos 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (la «Directiva de Protección de Datos»).

11. Art. 6.2 LOPD.

ciertos supuestos. En efecto, el artículo 59.5¹² de la LRJPAC¹³ establece la notificación por medio de edictos¹⁴ si:

- a) Los interesados en el procedimiento fueran desconocidos,
- b) Se ignorase el lugar de la notificación, o intentada la notificación no se hubiese podido practicar.

Por tanto, parece evidente que el derecho de oposición frente al Boletín no puede prosperar en casos como este.

Además, si atendemos a la jurisprudencia de la Audiencia Nacional¹⁵ sobre la interpretación de *siempre que una ley no disponga lo contrario*, concluimos que tampoco podrá prosperar el derecho de oposición cuando prevalezca el derecho a la información¹⁶.

Y ello tiene toda lógica, puesto que parece inadmisibles exigir la eliminación de una publicación de un Boletín Oficial en el que se recogen pluralidad de informaciones veraces y relevantes para la colectividad de una ciudad, provincia o país, con base en el derecho a la protección de datos de un particular.

Es más, la LOPD establece en su artículo 3.j) la definición de fuentes accesibles al público, que contempla como fuentes de acceso público, entre otros, a los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación. Por tanto los datos personales publicados en un Boletín o Diario Oficial, en tanto que fuente accesible al público, son datos susceptibles de ser consultados por el público.

12. **Artículo 59.5 LRJPAC.** Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio y en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó. En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente. Las Administraciones públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores.

13. Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («LRJPAC»).

14. La propia LRJPAC recomienda incluir aquellos mínimos datos que hagan posible la comunicación del acto concreto. Así, prevé en su artículo 61 que «si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento». Por tanto, resulta discutible que los datos que se hacen públicos como en el caso de la Sentencia comentada supongan datos reservados al ámbito de la intimidad de la persona.

15. Por ejemplo, Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de enero de 2001, de 16 de marzo de 2006 o de 26 noviembre 2009.

16. **Artículo 20.1 CE.** Se reconocen y protegen los derechos: (d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

La Constitución Española también reconoce la libertad de expresión. Así, el Artículo 20.1. (a) reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Esta libertad juega un papel crucial en medios de publicación online, como blogs, plataformas de redes sociales, etc. En estos casos, el derecho de oposición al tratamiento de datos no podrá prosperar si el contenido publicado y que incluye esos datos está amparado por la libertad de expresión. Carece de sentido sostener que para emitir una crítica o una parodia, se deba pedir la autorización o consentimiento de la persona objeto de la crítica o parodia.

El otro conflicto que suele plantearse en la práctica es el de los particulares que hacen valer su derecho al honor o, en su caso, el derecho a la intimidad, frente a los Boletines Oficiales. Estos derechos, que tienen carácter de derechos fundamentales, se encuentran reconocidos en la Constitución Española y regulados en la LO 1/1982.

Así, esta ley establece en el artículo 7.7¹⁷, respecto al derecho al honor, que tiene consideración de intromisión ilegítima la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. En palabras del Tribunal Constitucional¹⁸, el derecho al honor ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas.

Por su parte, el artículo 7.3¹⁹ establece, respecto al derecho a la intimidad, que tiene consideración de intromisión ilegítima la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional²⁰ considera que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana.

Sin embargo, la LO 1/1982, al igual que la LOPD, expresamente excluye de la consideración de intromisión ilegítima a todo aquello que venga expresamente autorizado por la ley²¹. Así, si la pública notificación de una sanción o un indulto se publica en un Boletín Oficial, esa publicación está excluida de ser considerada una intromisión ilegítima en el derecho al honor o la intimidad del afectado.

Por tanto, el principal obstáculo que se encontrarán los particulares que ejerciten el derecho de oposición o que pretendan hacer valer su derecho al honor o a la intimidad es, además de las dificultades procesales²², que exista una ley que justifique una determinada inclusión de datos o un determinado tratamiento. En este caso, el particular no se podrá oponer a la inclusión del dato en la publicación.

17. Artículo 7.7 LO 1/1982. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

18. *Vid.* entre otras, las Sentencias de 11 de octubre de 1999 y 23 de octubre de 2006.

19. Artículo 7.3 LO 1/1982. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

20. *Vid.* entre otras, Sentencia 231/1988.

21. La LO 1/1982 establece en su artículo 2.2 que «No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley». Además, su artículo 8.1 establece que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley».

22. Téngase en cuenta que el plazo para el ejercicio de acciones con base en la LO 1/1982 está limitado a cuatro años. El Artículo 9.5 LO 1/1982 contempla un plazo de caducidad, al establecer que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercerlas.

Por su parte, la doctrina más autorizada entiende que la indemnización que se puede solicitar con base en el artículo 19 LOPD, para incumplimientos de la normativa de datos, también presenta restricciones temporales. Así, cuando el incumplimiento de la LOPD al que hace referencia el Artículo 19 LOPD dé origen a responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción será de 1 año (1902 y ss. del Código Civil; nótese que en Cataluña es de 3 años).

sencillo, para que el lector comprenda esta reciente realidad tecnológica, así como una breve descripción de su marco legal.

1. FUNCIONAMIENTO DE LOS BUSCADORES

Por si algún lector lo desconociera, un buscador de Internet constituye una herramienta informática que facilita la búsqueda de sitios web en Internet en atención a su contenido.

Se trata de un complejo mecanismo de búsqueda de páginas webs, que tiene como característica principal la de ser automático, pasivo y neutral, puesto que su funcionamiento es puramente tecnológico. Así, los buscadores de Internet se limitan a reflejar información publicada en páginas webs de terceros que son los verdaderos titulares de páginas web. Es decir, el buscador en sí no publica información, sino que el buscador accede a la página web que contiene la información, la rastrea e indexa.

El proceso mediante el que opera un buscador de Internet se basa en varias fases. Las fases de acceso y rastreo y la de indexación se desarrollan por medio de los denominados «robots». Se trata de herramientas informáticas que «rastrean» los sitios web de Internet y analizan su contenido. El resultado del rastreo es añadido a un índice donde se reflejan las palabras clave de la web y su ubicación dentro de la misma (a esto se le llama «indexación»). La última fase consiste en la presentación del resultado, de forma que cuando el usuario realiza una búsqueda desde su ordenador, el buscador ofrece los resultados que considera que el usuario está buscando, según las palabras clave que éste haya introducido en su ordenador.

Ahora bien, los titulares de las páginas webs pueden evitar que su página web sea accedida, rastreada o indexada por los «robots» de los buscadores utilizando herramientas que se llaman «protocolos de exclusión»²⁷. De hecho, el uso de estas herramientas constituye una forma muy efectiva de evitar que parte o todo el contenido de una página web sea rastreado por los buscadores de Internet.

Por tanto, corresponde a los titulares de las páginas webs la decisión de si los contenidos serán o no accesibles para los robots de los buscadores y si se permitirá o no la indexación de los mismos por parte de los motores de búsqueda.

A pesar de lo anterior, se ha intentado atacar en multitud de ocasiones, y de hecho se ha atacado, a los buscadores de Internet, sin tener en cuenta, además, que hacer desaparecer una información de un buscador no hace inaccesible el contenido en Internet, ya que la información seguiría disponible en la página web en la que se publica el contenido e incluso disponible a través del resto de buscadores²⁸.

Pero es más, no puede desconocerse que los buscadores cuentan con un régimen de exclusión de responsabilidad que les exime de responsabilidad en determinados supuestos.

27. Estos protocolos se llaman de exclusión porque excluyen que los «robots» accedan, rastreen, indexen la página, guarden una copia caché, etc. Por ejemplo, el protocolo de exclusión fichero de «robots.txt» permite evitar que el robot de un buscador acceda a una determinada página web.

28. Esta es una apreciación importante puesto que para el supuesto de que se consiguiese, en sede judicial o administrativa, que un buscador (por ejemplo, Yahoo) impidiese el acceso a una página web, esto no quiere decir que la información no esté en la propia página web o sea accesible a través de otros buscadores (como Google, Bing, Terra, Lycos, etc.).

2. LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES

Tras ponderar los bienes jurídicos en conflicto y para asegurar el desarrollo de internet, el legislador comunitario primero, seguido por el legislador español, decidió establecer un régimen de exclusión de responsabilidad para los prestadores de servicios de intermediación o intermediarios²⁹, entre los que se incluyen los buscadores³⁰, descartando la posibilidad de imponerles una obligación general de control de los contenidos que transmiten, alojan o enlazan. En cambio, se optó por un sistema de colaboración entre los intermediarios y los titulares de los derechos según el cual, los intermediarios habrán de proceder a la retirada de los contenidos ilícitos una vez hayan sido notificados en los términos establecidos en la ley.

Este régimen se plasma en la Directiva de Comercio Electrónico³¹ y posteriormente fue transpuesto al ordenamiento jurídico español mediante la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico³².

La exclusión de responsabilidad específica para buscadores se encuentra prevista en el artículo 17 de la LSSICE³³. Así, de conformidad con lo establecido en ese precepto, un buscador no será responsable por la información a la que enlaza, siempre y cuando no tenga «conocimiento efectivo» de que esa información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero y, en caso de tener dicho «conocimiento efectivo», proceda a suprimir o inutilizar dicho enlace de forma diligente.

29. Es necesario entender la diferencia entre los prestadores de contenido y los intermediarios. Los primeros facilitan o aportan el contenido disponible en internet mientras que los segundos se limitan a transmitirlo, alojarlo, enlazar a ellos o prestar servicios de búsqueda, de manera tecnológica, pasiva y neutral.

30. De conformidad con el Anexo de la LSSICE, los buscadores de Internet prestan con carácter general un servicio de intermediación consistente en la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet. Este extremo ha sido, además, unánimemente reconocido por la jurisprudencia de nuestros tribunales y de otros tribunales extranjeros.

31. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva de Comercio Electrónico»).

32. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico («LSSICE»).

33. **Artículo 17.** Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: (a) no tengan «conocimiento efectivo» de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o (b) si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el «conocimiento efectivo» a que se refiere el párrafo a cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de «conocimiento efectivo» que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

3. EL PROBLEMA DEL «CONOCIMIENTO EFECTIVO». CANCELAR DATOS: EL RIESGO DE CERCENAR DERECHOS FUNDAMENTALES

El legislador español³⁴ ha establecido cuándo existe ese «conocimiento efectivo». Así, se optó por un concepto restringido y limitado al establecer que el prestador de servicios de alojamiento de datos tendrá «conocimiento efectivo» de la ilicitud cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución. Por su parte, la LSSICE define como «órgano competente» a los órganos jurisdiccionales o administrativos que actúan en el ejercicio de competencias que las leyes les atribuyen. A este respecto, en materia de protección de datos es la Agencia de Protección de Datos el órgano administrativo competente.

A pesar de la anterior regla general, resulta controvertido si existen otras formas — distintas de las resoluciones de órganos— de adquirir ese «conocimiento efectivo». Esta controversia surge de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el «conocimiento efectivo».

En efecto, no puede desconocerse que el Tribunal Supremo³⁵ ha venido ampliando el «conocimiento efectivo» en casos de ilicitud manifiesta, sobre todo en casos de honor donde mediaban manifestaciones francamente vejatorias, entendiendo que el «conocimiento efectivo» se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate. Pero lo cierto es que tampoco puede desconocerse que esos casos eran supuestos de honor, en los que la ilicitud de muchas expresiones era manifiesta («putasgae», por ejemplo). Por tanto, no parece lógico que esa jurisprudencia sea extrapolable a los conflictos de tratamiento de datos de carácter personal y publicaciones oficiales o de buscadores, donde la ilicitud, si es que la hay, no es ni manifiesta ni clara.

Máxime si se tiene en cuenta otra jurisprudencia del Tribunal Supremo en un caso de un abogado que, por compartir nombre con un reo indultado, veía como cada vez que introducía su nombre en un buscador, aparecían constantes referencias al indultado —que no era él— pero ello generaba confusión. En este caso, el Alto Tribunal³⁶ entendió que el abogado debía soportar el hecho de que ese Real Decreto —que contenía el indulto del

34. El artículo 14 de la Directiva sobre Comercio Electrónico en sus apartados *a* y *b* establece los requisitos que el prestador de servicios de alojamiento de datos tiene que cumplir para estar exento de responsabilidad. Sin embargo, no se incluye en el artículo una definición de «conocimiento efectivo».

35. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2011 para el caso de *alabarricadas.org* o Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 para el caso *putasgae.org*.

36. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010. «La publicación del Real Decreto de indulto por parte de la Administración en el Boletín Oficial del Estado es una imposición legal de obligado cumplimiento, y que debe llevarse a cabo para hacer público el ejercicio de la gracia de indulto que concede el Gobierno, con la publicidad necesaria y la suficiente identificación de las personas a quienes se beneficia con ella. Que en ocasiones esa publicidad pueda llevar a la consecuencia desgraciada de que una o varias personas coincidan en nombres y apellidos con el reo indultado, y que esa circunstancia pueda trascender al conocimiento público de un modo más o menos intenso por la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto de indulto, y por el hecho de que esos Reales Decreto aparezcan en buscadores de Internet que les incluyan entre sus contenidos, y por ello resulten de fácil acceso a un importante número de personas que lo puedan conocer de ese modo ocasionalmente, constituye un daño antijurídico que el perjudicado por ese hecho está obligado a soportar».

reo— apareciese en buscadores de Internet aunque por ello resultase de fácil acceso a un importante número de personas que le pudieran conocer³⁷.

Además de lo anterior, si atendemos al espíritu de la Directiva, tanto su considerando 47³⁸ como su artículo 15³⁹, prohíben imponer a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, como los buscadores, una labor general de supervisión o control de los datos que transmiten.

Si se admitiese que con una mera solicitud de cancelación de datos u oposición al tratamiento formulada por un particular, el buscador debe proceder a eliminar ese dato de una página web de un tercero o incluso a eliminar del índice del buscador el enlace a la página del tercero, se plantearía una colisión de derechos grave.

En efecto, la retirada de un dato de la página web de un tercero resultaría de imposible cumplimiento para un buscador. Como ya se ha explicado anteriormente, un buscador no tiene ningún poder sobre el contenido de la página de un tercero. Pero incluso si lo tuviese, existirían riesgos de vulnerar los derechos de ese titular de la página web, pudiendo incluso cercenarse su libertad de expresión o el derecho a la información.

Por su parte, si se optase por retirar del índice del buscador el enlace a la página web de ese tercero —por contener el dato que el particular quiere cancelar—, entonces habría riesgos de recortar difusión al resto del contenido de la página web. Piénsese en la gravedad de la situación, si la página que se deja de indexar es la de un Boletín Oficial que contiene varias noticias relevantes para una colectividad en una misma hoja.

Por último, exigir a los buscadores que retiren un determinado dato significa trasladarles la carga de tener que evaluar en cada caso si debe prevalecer el derecho a la protección de datos por encima de otros derechos, labor que, sencillamente, no les corresponde.

4. LA POSTURA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Hasta este momento hemos analizado el conflicto de derechos que surge cuando se trata de hacer valer el pretendido «derecho al olvido» frente a Boletines Oficiales, tanto desde la perspectiva del particular, del buscador como del titular de la página web que publica el contenido.

Pero ahora la siguiente pregunta razonable es: ¿y cuál es la postura del máximo garante en materia de protección de datos, esto es, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)?

37. En todo caso, el Tribunal Constitucional en su sentencia 165/1995, de 20 de noviembre, ya había considerado lícito dar publicidad a un acuerdo sancionador impuesto por un Colegio Profesional a uno de sus miembros.

38. Considerando 47. Los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general. Esto no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional.

39. Artículo 15. Inexistencia de obligación general de supervisión. 1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14. 2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.

Respecto a las reclamaciones formuladas por particulares frente a Boletines Oficiales, las resoluciones de la AEPD dictadas en el pasado lustro⁴⁰ han entendido que los Boletines Oficiales al publicar en su página web los datos personales de ciudadanos, están realizando un tratamiento automatizado de datos y ello aunque exista una obligación legal de publicar determinados actos administrativos y de que sea considerado una fuente de acceso público. Además, la AEPD ha considerado que aunque el ciudadano no puede oponerse a que el BOE mantenga sus datos de carácter personal, sí puede oponerse a que sus datos personales sean objeto de tratamiento por los motores de búsqueda.

Por este motivo, ha instado a que los Boletines que se divulgan electrónicamente adopten las medidas que resulten necesarias para impedir la divulgación indiscriminada de los datos de terceros a través de buscadores de internet. Para ello, ha considerado suficiente que el Boletín Oficial utilice un protocolo de exclusión⁴¹: el «robots.txt»⁴².

Por su parte, respecto a las reclamaciones planteadas por particulares frente a buscadores, la AEPD ha estimado, en la práctica totalidad de los casos, las reclamaciones de tutela de derechos formuladas frente a los buscadores.

Así, cuando la AEPD ha estimado la tutela del derecho a la protección de datos frente al buscador, ha exigido de forma genérica que la filial española tome las medidas necesarias para que los datos de los reclamantes no aparezcan.

En primer lugar, surge la cuestión de si la filial española de un buscador tiene realmente legitimación pasiva para ser parte en los procedimientos ante la AEPD y si tiene capacidad para cumplir el fallo de las Resoluciones. Lo cierto es que hasta ahora nuestros tribunales⁴³, al igual que el juzgado de Vigo en la Sentencia comentada, han entendido que, por ejemplo, la filial española de Google no tiene legitimación pasiva, ya que no tiene ningún control sobre el buscador que gestiona la estadounidense Google Inc.

En segundo lugar, aun cuando la filial española del buscador pudiera cumplir los fallos, y entrando de lleno en el fondo del problema, volvemos a recordar la dificultad de cumplir estos fallos en condiciones de seguridad jurídica. Al exigir a un buscador que tome medidas para que los datos de un particular no aparezcan, se está imponiendo al buscador la carga de recortar difusión a muchas páginas webs. Además, para cumplir los fallos, el buscador debería vigilar que los datos no volvieran a acceder a internet.

Por tanto, se están volviendo a afectar los derechos que hemos citado antes. Se está afectando a la difusión de las publicaciones oficiales, se está poniendo en riesgo el derecho a la información por el resto de noticias de esa misma publicación, especialmente a las de

40. *Vid.* entre otras, la Resolución n.º R/01284/2012.

41. A título de ejemplo, la Resolución de la AEPD número R/02011/2012, dictada en el procedimiento de tutela de derechos TD/00840/2012, afirma que: «La AEPD entiende que, en el actual estado de la tecnología —al margen de las mejoras técnicas que quepa introducir sobrevenidamente— la adopción del protocolo de la industria denominado «robots.txt» es un método válido para atender las solicitudes de los ciudadanos que, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo IV del Título III del RLOPD han ejercitado su derecho de cancelación o de oposición ante un boletín o diario oficial, al considerar que existen motivos que justifican la cesación del tratamiento consistente en permitir la indexación de sus datos publicados en una determinada edición».

42. Como ya se ha dicho en notas a pie de páginas anteriores, este protocolo permite evitar que los «robots» de los buscadores accedan a una determinada página web.

43. En España, por ejemplo, la Sentencia 332/12 de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de junio de 2012, confirmando la Sentencia 211/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Madrid de 7 de septiembre de 2011 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 2 de octubre de 2012 que confirma la Sentencia 32/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Amposta de 23 de febrero de 2012.

una misma hoja de publicación, y, sobre todo, se está imponiendo *de facto* la obligación de vigilar que esos datos no vuelvan a acceder.

Obviamente, se plantean no pocas dudas sobre el cumplimiento práctico de estos fallos:

- ¿Durante cuánto tiempo debe un buscador mantener el enlace eliminado? Piénsese que el interés histórico de una información crece con el paso del tiempo.
- ¿Para qué territorio? Téngase en cuenta que la AEPD sólo tiene competencia para España.
- ¿Qué sucede si dos personas comparten el mismo nombre y son objeto de la misma publicación oficial? ¿Acaso debemos negarle a uno de ellos el acceso a la publicación porque el otro haya exigido que al teclear su nombre en un buscador no aparezca el enlace a la publicación?
- ¿Qué sucede si un particular es objeto de dos publicaciones distintas (una, por ejemplo, de una sanción y otra de la concesión una beca): deben desaparecer los enlaces a una publicación, a la otra publicación o a las dos?

Pues bien, a la vista de estos antecedentes, las resoluciones de la AEPD han sido recurridas ante la Audiencia Nacional que, para resolver esas apelaciones, ha elevado una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE, como examinamos a continuación.

5. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE: ESPERAMOS LAS RESPUESTAS SOBRE EL «DERECHO AL OLVIDO»

Debido a que existen serias dudas sobre la adecuación de las Resoluciones de la AEPD, así como a la necesidad de armonizar para todos los Estados miembros la interpretación de la Directiva 95/46/CE⁴⁴ relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, la Audiencia Nacional, antes de resolver los referidos procedimientos administrativos, ha planteado una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE.

El auto de 27 de febrero de 2012 de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, plantea una serie de preguntas al TJUE sobre, entre otros aspectos, la legitimación pasiva de las filiales españolas de los buscadores, si los buscadores realizan o no tratamiento de datos, si deben atender o no el derecho de cancelación o de oposición que ejercitan particulares, etc.

Por tanto, debemos esperar a ver sus respuestas y a que la Audiencia Nacional se pronuncie sobre esos casos, para comprender un poco mejor el alcance del concepto «derecho al olvido». En todo caso, el TJUE ya ha resuelto algunas cuestiones que pueden ser relevantes para la resolución del presente supuesto (que no afectaban a la protección de datos estrictamente pero sí a plataformas de internet).

44. 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.

Por ejemplo, el TJUE ya se ha pronunciado respecto al choque existente entre los derechos de autor en internet y la libertad de empresa.⁴⁵ Así, en un ejercicio de ponderación, el TJUE ha fallado en contra de la obligación de establecer medidas para monitorizar en internet las posibles infracciones de los derechos de autor. Tal y como señala el TJUE, la obligación impuesta a un prestador de supervisar si un contenido compartido a través de internet infringe los derechos de propiedad intelectual supone una obligación excesivamente gravosa contraria al derecho comunitario. Además, dicha obligación afectaría de manera clara a la libertad de empresa en el entorno digital.

La pregunta que surge entonces es si el derecho al olvido se puede convertir también en un supuesto de monitorización que, además de poder resultar contrario al derecho comunitario, podría conllevar la imposición *de facto* de una obligación a los motores de búsqueda de impedir el acceso a un contenido en Internet que afecte a la libertad de empresa.

Atendiendo a la importancia de la libertad de empresa y las evidentes implicaciones y manifestaciones que la misma tiene en internet habrá que esperar la respuesta del TJUE para obtener una mayor claridad en la materia. ❁

45. Véase en este sentido la sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2012 en el asunto C-360/10 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV*, donde el TJUE estableció que:

«El requerimiento judicial por el que se ordenara establecer el sistema de filtrado controvertido implicaría supervisar, en interés de dichos titulares, la totalidad de la información almacenada en la red del prestador de servicios afectado, supervisión que, además, es ilimitada en el tiempo, comprende toda lesión futura y se supone que debe proteger no sólo las obras existentes, sino también las obras futuras que aún no se hayan creado cuando se establezca ese sistema.»

46. Por lo tanto, dicho requerimiento judicial implicaría una vulneración sustancial de la libertad de empresa del prestador de servicios, dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas, que además sería contrario a los requisitos recogidos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/48, el cual exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas (véase, por analogía, la sentencia *Scarlet Extended*, antes citada, apartado 48).»

En la misma dirección se pronunció la sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011 en el asunto C-70/10 *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* al determinar que:

«46. Por lo tanto, en las circunstancias del litigio principal, las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar, en particular, un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de derechos de autor y la protección de la libertad de empresa que ampara a los operadores, como los PAI, en virtud del artículo 16 de la Carta.»

47. Pues bien, en el caso de autos, el requerimiento judicial por el que se ordena establecer el sistema de filtrado litigioso implica supervisar, en interés de dichos titulares, la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red del PAI afectado, supervisión que, además, es ilimitada en el tiempo, comprende toda lesión futura y se supone que debe proteger no sólo las obras existentes, sino también las obras futuras que aún no se hayan creado cuando se establezca ese sistema.»

48. Por lo tanto, dicho requerimiento judicial implicaría una vulneración sustancial de la libertad de empresa del PAI afectado, dado que le obligaría a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas, que además sería contrario a los requisitos recogidos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/48, el cual exige que las medidas adoptadas para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual no sean inútilmente complejas o gravosas.»