

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

El intercambio de datos personales entre la Unión Europea y América Latina

Roberto Cippitani

Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

Calogero Pizzolo

El Derecho Parlamentario del Mercosur

Mariana Rodríguez Saumell de Koch

Derechos de los refugiados en la República Argentina

Federico Irusta

Las inmunidades parlamentarias

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Oriol Junqueras Vies"

Natalí Mariana Pavioni

Libre circulación de personas y reagrupación familiar

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Chenchooliah"

Nadine Abadi, Martín Canepa, Ricardo Fernández y Melina Fickinger

Protección de datos, libertad de expresión y derecho al olvido

A propósito de los asuntos C-136/17, C-507/17, y C-673/17 tratados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Mariano Liszczyński y María del Pilar García Martínez

Concepto de familia e Interés Superior del Niño

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Bajratari"

Agustín Fabbriatore, Andrea Sisaro y Florencia L. Causada Calo

RI&HR

Jean Monnet
Centre of Excellence
"Regional Integration
and Human Rights"

Jean Monnet
Centro de Excelencia
"Integración Regional
y Derechos Humanos"

IR&DH



Año VIII – Nr. 1 – 2020



Cofinanciado por el programa Erasmus+ de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 1 – 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Protección de datos, libertad de expresión y derecho al olvido

A propósito de los asuntos C-136/17, C-507/17, y C-673/17
tratados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

§

Mariano Liszczyński¹ y María del Pilar García Martínez²

Sumario:

I.- Introducción. II.- Derecho Europeo y términos/conceptos. III.- Asunto C-136/17 (Conseil d'État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL–, GC, AF, BH, ED y Google LLC) del 24/9/2019. IV.- Asunto C-507/17 (Conseil d'État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL– y Google LLC) del 24/9/2019. V.- Asunto C-673/17 (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV y Planet49 GmbH) del 24/9/2019. VI.- Conclusiones

I.- Introducción

El desarrollo de los sistemas digitales (las pantallas y sus entornos, con sus canales de funcionamiento), la esfera cibernética (ese mundo virtual en que se desenvuelve buena parte de nuestra vida, institucional, académica, aun relacional) y la red de intercomunicación (Internet y canales de mensajería) pone en cuestión ciertas creencias acendradas en nuestra cultura: la libertad de conducirnos y el anonimato de nuestras conductas, vale decir, la privacidad de nuestra identidad. Nada de lo que hacemos es ajeno al feudalismo digital en el cual estamos inmersos y desarrollamos nuestra actividad cotidiana. Todas nuestras actuaciones volcadas en un entorno digital (computadoras,

¹ Profesor adjunto de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Jefa de Trabajos Práctico de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

celulares, tabletas) que estén conectadas a internet, módem y proveedor del servicio mediante, dejan su rastro y permiten su trazabilidad desde el simple momento en que encendemos el soporte digital y nos conectamos a la nube o ni siquiera con estas acciones: para poder accionar el soporte digital y acceder a sus prestaciones tenemos que habilitarlo generalmente a través de un correo electrónico o un código; de lo contrario el aparato no funciona, o dicho con otras palabras, debemos unirnos a una autopista de servicios para poder transitar en ella, lo que requiere registrar nuestro vehículo y obtener las credenciales de circulación. Con esa simple operación ya somos reconocidos y dejamos rastro...

Y, aunque no lo sepamos, lo intuyamos o no lo queramos ver, damos datos, brindamos información y decimos sobre nosotros.

Siempre...

Y esos datos pueden ser almacenados por alguien y utilizados por ese alguien o por cualquiera que busque información sobre nosotros. También traficados y puestos en circulación sin nuestro control.

Desde el momento en que abrimos el vehículo, esta computadora en la que escribimos, puede precisarse su geolocalización, de ahí en adelante todo escapa a nosotros. Podemos decidir qué escribimos, sí. Pero ya dimos un dato de dónde estamos (o al menos donde está la computadora registrada con nuestro nombre).

Para escribir este artículo, buscamos información en Internet. Es parte del trabajo de investigación y documentación. Cada movimiento hecho habrá quedado registrado en el historial de nuestro equipo, y en la autopista que es Internet fuimos identificados por el IP (*Internet Protocol*) de nuestra computadora. Voluntariamente dejamos indicios de lo que estamos haciendo. Quien quiera perseguirnos (si nos está espiando) o rastrearnos (si investigando) podrá hacerlo. Y esto no es para entrar en paranoia o agitar fantasmas, aunque conviene estar alerta, es simplemente lo que ocurre cuando accedemos a la red de redes. Alguien registra nuestros movimientos (así sea el disco duro, el proveedor del servicio o el administrador de la autopista). Y más cuando anclamos algo en algún sitio (un campus, una revista electrónica, una red social, una página cualquiera de la web).

Y hasta acá todavía somos dominadores de nuestros actos, o puesto de otra forma: fuimos nosotros quienes, voluntariamente, hicimos el recorrido y fijamos nuestra producción

(escrito/opinión/parecer/comentario) en uno de los estacionamientos permitidos. Dimos nuestro consentimiento y publicamos a conciencia.

Pero pueden ser también otros quienes dejen notas sobre nosotros en la autopista. Alguien que informa sobre actividades nuestras, o publica imágenes o datos nuestros; o alguien que registra tanto lo publicado por nosotros como lo informado por esos otros y pone a disposición y al alcance de los demás aquello que sobre nosotros existe almacenado. En ambos casos podríamos hablar de hechos de terceros ajenos a nuestro dominio, y sobre los cuales no necesariamente prestamos conformidad o consentimos para que se divulguen o permanezcan anclados... aun cuando eventualmente los hayamos anclado nosotros. Podemos haberlos subido, sí; ¿pero qué pasa después? Esto ya excede a nuestro control y dominio y no sabemos qué puede hacer con nuestra información (o información sobre nosotros) quienes la almacenan o indexan... cuál es, qué se hace con ella, qué se dice de nosotros y cómo cuidamos nuestra imagen, nuestra identidad y nuestra privacidad.

Uno de los facilitadores de esta realidad cibernética son los famosos motores de búsqueda o buscadores de internet. ¿Quién los maneja y cómo se coloca la información sobre nosotros? ¿Qué pasa si los datos acumulados y almacenados no nos gustan o son falaces y sin embargo circulan? ¿Cuál es el nivel permitido para esta circulación? ¿Dónde está el límite entre información a disposición y privacidad o respeto al nombre de una persona? ¿Cómo resguardamos nuestra antigua libertad y anonimato?

Bien sobre ello abordaremos en estas líneas a colación de tres asuntos ocurridos en el espacio europeo, esto es, los límites de la Unión Europea (UE), y que tuvieron como protagonistas a individuos (personas), órganos estatales (entidades encargadas de la regulación y protección de los datos dentro de las fronteras nacionales) o asociaciones de protectoras de derechos (sindicatos, asociaciones de consumidores) en calidad de actores, y como demandados a empresas bien como prestadoras de una actividad que necesite registro en línea o bien como motores de búsqueda de información.

Asimismo, en un no menor rol estelar corresponde destacar a quien tuvo el reto de establecer los niveles de protección, custodia y privacidad de los datos personales tanto

guardados en las empresas que solicitan registración como proporcionados por los motores de búsqueda: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

Se nos ha pedido que examináramos las sentencias C-136/17 (Conseil d'État – Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL–, GC, AF, BH, ED y Google LLC), C-507/17 (Conseil d'État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL– y Google LLC) y C-673/17 (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV y Planet49 GmbH), las dos primeras del 24 de septiembre de 2019 y la última del 1º de octubre de 2019, que fueron elevadas en carácter de cuestiones prejudiciales al TJUE por la pertinente autoridad judicial nacional.

Y acá, encontramos un nuevo aspecto para el análisis: cuál es el alcance de la sentencia del TJUE contra una empresa, ¿se restringe al espacio común de jurisdicción del tribunal o aplica más allá de sus fronteras respecto a la empresa en cuestión?

Y una arista más concerniente a la divulgación de dichos datos, ya no por la empresa que los recaba –o mismo la autoridad nacional que los hace públicos– o el motor de búsqueda que los difunde, sino por el uso de éstos por terceros con fines de información, por ejemplo.

Trataremos de despejar las inquietudes en las siguientes líneas.

Para poder comprender la dimensión y alcance de los planteos y de la tarea que debió desarrollar el TJUE al momento de adoptar su decisión, debemos recordar que en el Espacio Integrado (EI) Unión Europea existe una normativa común a todos los Estados Miembros (EM) que es la conformada por el Derecho Originario (Tratados Constitutivos, sus modificatorios y Protocolos Adicionales, así como normas que sin formar parte de este tienen idéntico nivel jerárquico; etc.) y por una parte del derecho derivado (Reglamentos) cuya aplicación debe ser uniforme en todo el territorio del bloque regional (el de los EM que lo sostienen), y, a su vez, contempla la existencia de normas estatales que las complementen y adecuen a las particularidades locales sin desencajar los mínimos comunes, que son las establecidas por otra parte del derecho derivado (Directivas). Asimismo, es conveniente destacar que como consecuencia de esto no necesariamente habrá una autoridad europea común de control con secciones nacionales, sino autoridades

de control nacionales (existentes o que se creen a tal efecto) que incorporan la competencia de control derivada del Derecho de la UE. En otras palabras: serán esas autoridades las encargadas de velar por el cumplimiento del derecho común y enlazar estados y espacio integrado, función similar a la que cumplen los tribunales nacionales como parte integrante de la estructura judicial de la UE.

Esta advertencia está dada porque se tratará en cada caso de analizar la compatibilización de la legislación común con la nacional en la materia de protección de datos y derechos de los titulares de estos datos, y observar desde ya que, aun si la cumplen, las soluciones pueden diferir en cada uno de los EM del EI, lo que brinda un margen de apreciación nacional importante y complota con la pretendida uniformidad del derecho común, en una posible forma de excepción habilitada.

Veremos qué sostiene el TJUE.

II.- Derecho europeo y términos/conceptos

El paraguas normativo de la Unión Europea a la fecha de las sentencias lo brinda la Carta de Derechos Fundamentales (CDF) de 2000, el Reglamento UE 2016/679³ y las Directivas 95/46 CE⁴ (dejada sin efecto por el anterior), 2002/21 CE⁵ y 2002/58 CE⁶; y tangencialmente el Convenio Europeo para la Protección de las Libertades Fundamentales (CEPLF) de 1950, normas en las que se protegen tanto los datos de carácter personal y el respeto a la vida privada y familiar⁷, como la libertad de expresión y el acceso a la

³Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). D.O. L 119 del 4/5/2016, p. 1.

⁴Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. D.O. L 281 del 23/11/1995 p. 31.

⁵Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). DO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

⁶Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). D.O. L 201 de 31/07/2002 p. 37.

⁷CDF, artículo 8: “*Protección de datos de carácter personal*. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

información⁸, como el interés y la seguridad públicos⁹; en las que se definen los términos y la extensión de los derechos protegidos y de la actividad de suministro de información en internet, como la privacidad de las personas y la libre expresión; y en las que se determina qué autoridad de control existirá; y permiten visualizar los alcances y contenidos de derechos y actividades que están en permanente tensión.

Para facilitar la comprensión de los asuntos a desarrollar, precisaremos ciertos conceptos específicos¹⁰:

- “datos personales”: toda información sobre una persona física identificada o identificable (el “interesado”); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de

CDF, artículo 7: “*Respeto de la vida privada y familiar*. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

CEPLF, artículo 8: “*Derecho al respeto a la vida privada y familiar*. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁸CDF, artículo 11: “*Libertad de expresión y de información* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”.

CEPLF, artículo 10: “*Libertad de Expresión* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

⁹CEPLF, artículo 8, apartado 2.

Directiva 95/46, artículo 1: “Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”.

Reglamento 2016/679, artículo 1: “1. El presente Reglamento establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos. 2. El presente Reglamento protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales. 3. La libre circulación de los datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.”

¹⁰A los efectos del análisis seguimos los criterios adoptados por la Directiva 95/58 CE, porque era la vigente al tiempo de ocurrir los hechos, tal como entendió el TJUE.

identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social¹¹;

- “tratamiento de datos personales” (“tratamiento”): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción¹²;

- “consentimiento del interesado”: toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan¹³, que sea dada de forma inequívoca;

- “usuario”: una persona física que utiliza con fines privados o comerciales un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, sin que necesariamente se haya abonado a dicho servicio¹⁴;

- “equipo terminal”: cualquier dispositivo en el cual el usuario almacena información y se conecta con una red de comunicaciones¹⁵;

- “categoría sospechosa o especial”: datos personales relativos a filiación política, sindical, convicciones religiosas o filosóficas, origen racial o étnico, preferencias sexuales o estado de salud del usuario o datos genéticos o biométricos que lo identifiquen de manera unívoca¹⁶;

¹¹Directiva 95/46, artículo 2, inciso a). El Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 1), mantiene una redacción similar y agrega precisiones como “datos de localización, un identificador en línea”.

¹²Directiva 95/46, artículo 2, inciso b). El Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 2, tiene parecida redacción y en el artículo 5, incisos c) a e) establece como principios para su tratamiento la “maximización de datos”, la “exactitud” y la “limitación del plazo de conservación”, lo que significa que los datos existentes que posibiliten la identificación de un usuario o interesado tienen que ser adecuados, pertinentes y limitados a los fines con que tienen que ser tratados, ser exactos y estar actualizados y no pueden permanecer que el tiempo necesario para los fines de tratamiento.

¹³Directiva 95/46, artículo 2, inciso h); y artículo 7. Reglamento 2016/697, artículo 4, inciso 11.

¹⁴Directiva 2002/58, artículo 2, inciso a).

¹⁵Directiva 2002/58, artículo 5.

¹⁶Directiva 95/46, artículo 7, apartado 1). Reglamento 2016/679, artículo 9, apartado 1).

- “cookies”: pequeños ficheros que se colocan en el equipo terminal del usuario y facilitan al proveedor de un servicio información sobre el comportamiento y preferencias de éste, normalmente con fines publicitarios y desconocimiento del usuario¹⁷;

- “destinatario”: el receptor y beneficiario de los datos personales¹⁸, pero distinto del “responsable” que es quien los suministra o facilita al determinar los fines y medios del tratamiento¹⁹;

- “derecho al acceso y olvido”: facultad del usuario a conocer qué datos personales posee el proveedor de un servicio y eventualmente a obtener por parte de este y sin dilaciones la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos obtenidos indebidamente o debidamente pero incompletos, inexactos o desactualizados²⁰; y

- “autoridad de control”: autoridad nacional pública e independiente con poderes de investigación e intervención y con capacidad para conocer qué datos personales son objeto de tratamiento por un proveedor de servicio y en su caso imponer una sanción o medida tendiente a garantizar la protección de los datos del interesado²¹, y que tienen bajo su órbita el control del tratamiento de datos relativos a condenas penales y otras infracciones²².

III.- Asunto C-136/17 (Conseil d’État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l’informatique et des libertés –CNIL–, GC, AF, BH, ED y Google LLC) del 24/9/2019

El caso fue elevado por el Conseil d’État (Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia) y se planteó en el marco de un litigio entablado por los ciudadanos GC, AF, BH y ED contra la Comisión Nacional de Informática y Libertades francesa. Motivó la solicitud el rechazo de la CNIL de los requerimientos de los ciudadanos a que exigiera a la empresa Google el retiro de diversos enlaces, que surgían luego de una búsqueda efectuada a partir de los nombres de los demandantes y dirigían a páginas web publicadas por terceros.

¹⁷Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 6), donde se lo precisa como “fichero” y define como “todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica”.

¹⁸Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 9).

¹⁹Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 7).

²⁰Directiva 95/46, artículo 12, apartado b). El Reglamento 2016/679, artículo 17, adiciona la celeridad.

²¹Directiva 95/46, artículo 28. Reglamento 2016/679, artículos 21 y 51.

²²Directiva 95/46, artículo 8, apartado 4).

Cuestiones a tener presente: Toda información referida a una persona para ser publicada no debe particularizar en categorías sospechosas²³ y debe contar con el consentimiento del implicado, salvo que se trate de manifestaciones públicas de éste o surja de información oficial verificada y proporcionada por una autoridad pública cuando sea relativa a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad. La información se consiguió a través de los motores de búsqueda de la empresa Google, pero la información la produjeron otros operadores. La información proporcionaba datos sobre ciertos hechos de notoriedad pública²⁴ publicados en medios de prensa²⁵. Los ciudadanos solicitaban el derecho al olvido de la información publicada y traída a la vista por el buscador.

Al TJUE se consulta cuál debería ser el comportamiento del motor de búsqueda ante información que recaba pero no genera, o, en otros términos: cuáles son las obligaciones que debe cumplir previo a facilitar el rastreo de los enlaces que proporcionan información sobre una persona consultada. Y de esto deriva cuál debería ser su proceder ante una solicitud de un particular respecto a que se retire el acceso a dichos enlaces, como asimismo qué correspondería hacer cuando esos enlaces refieran a una etapa ya superada de un procedimiento judicial y la información suministrada ya no se ajuste a la situación actual.

El Tribunal, tras analizar la legislación europea y la francesa, diferenció la actividad de los motores de búsqueda, consistente 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”²⁶ y la de los editores de sitios de Internet, “que consiste en hacer figurar esos datos en una página web”²⁷, calificó ambas como tratamiento de datos personales, pero destacó el “papel decisivo en la difusión global de dichos datos [por parte del gestor del

²³(Origen racial o étnico, datos genéticos o biométricos, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, asociación sindical, sexualidad o salud).

²⁴(Un fotomontaje de una jefe de gabinete cantonal que la relacionaba sentimentalmente con el intendente; la sindicación de una persona como jefe relaciones públicas de un centro en el que se había producido un suicidio; la existencia de un sumario sobre la financiación de un partido político que implicaba a otra; y la condena a prisión a la última por agresión sexual).

²⁵(Periódicos, canal youtube).

²⁶Considerando 35.

²⁷Considerando 36.

motor de búsqueda] en la medida en que facilita el acceso a ellos a todo internauta”²⁸ quienes de no existir el enlace “no habrían encontrado la página web”²⁹ en la que se publican los datos que permiten al usuario “establecer un perfil más o menos detallado del interesado”³⁰. Conforme ello precisó que es alcanzado por el Derecho de la UE debiendo respetar y cumplir con lo dispuesto en la normativa vigente³¹, tal como “la comprobación a la que deberá proceder ese gestor, bajo el control de las autoridades nacionales competentes, tras recibir una solicitud presentada por el interesado”³² porque su actividad “puede afectar significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de datos personales”³³.

Sentado esto, el TJUE con lógica derivación determinó que, salvo cuando la legislación nacional de los Estados Miembros disponga otra cosa “por motivos de interés público importantes”³⁴, los gestores de los motores de búsqueda deben acceder a los requerimientos de cualquier particular tendiente a que se borren enlaces a páginas web que brinden información sobre el interesado, y suprimirlos sin dilaciones indebidas³⁵; esto significa que previo a decidir sobre el rechazo o la aceptación del reclamo deberán comprobar con la autoridad nacional si los datos que recogen los enlaces encuadran en las disposiciones especiales contempladas por las legislaciones nacionales y en este supuesto sí podrían rechazar la petición de olvido³⁶, como también “si la inclusión del enlace que dirige a la página web en cuestión [...] es necesaria para el ejercicio del derecho a la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a esa página web mediante tal búsqueda”³⁷.

²⁸Considerando 36.

²⁹Considerando 36.

³⁰Considerando 36, en la que remarca lo decidido en el asunto Google Spain y Google, C-131/12, EU:C:2014:317 (sentencia del 13 de mayo de 2014, apartados 35 a 37).

³¹Considerando 37.

³²Considerando 48.

³³Considerando 37.

³⁴Considerando 66.

³⁵Considerandos 52, 53 y 55.

³⁶Considerandos 68 y 69.

³⁷Considerandos 66, -en el que se pormenoriza que existe un delicado equilibrio entre los derechos del interesado, la libre información y la seguridad o interés público, que “puede variar, en particular, en función del papel que el interesado desempeñe en la vida pública”, como sostuviera en el asunto Google Spain y Google, C-131/12, EU:C:2014:317, sentencia del 13 de mayo de 2014, apartado 81-; y 76.

Idéntica consecuencia lógica establece para el supuesto en que exista información judicial y la situación judicial del interesado haya cambiado, precisando por ello que la información debe estar actualizada y no necesariamente vinculada al nombre del interesado³⁸.

IV. Asunto C-507/17 (Conseil d'État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL– y Google LLC) del 24/9/2019

El caso fue elevado por el Consejo de Estado y se incoó ante el incumplimiento por parte de Google de la solicitud efectuada por la CNIL de que suprimiera todos los enlaces a una serie de páginas web referidas a una persona en todas las extensiones de nombre de dominio de su motor de búsqueda. Por no acatar, la empresa fue multada. La controversia se presentó porque luego de comprobarse el derecho al olvido en favor del solicitante Google accedió a respetarlo, pero a cumplirlo sólo en lo relativo a las extensiones de su buscador correspondientes a Estados Miembros de la UE.

Particularidades: El gestor de búsqueda Google tiene diferentes versiones –esto es, extensiones de nombre de dominio– conforme la localización de sus filiales en diversos países a cuyas legislaciones debe adecuarse. Las búsquedas principalmente recaban información localizada en dominios con terminación del país desde el que se efectúa la búsqueda, ubicación geográfica que provee el IP de la terminal utilizada. Pero esto no impide que desde esa misma terminal el usuario pueda encontrar páginas web con terminación de dominio correspondiente a otro país en el que el motor tenga una filial. Los enlaces que recoge una búsqueda pueden estar asentados fuera de la jurisdicción de la UE y del TJUE por no estar en uno de los estados miembros del bloque regional.

La incógnita que se plantea es si para cumplir con el derecho al olvido del usuario beneficiario procede el bloqueo geográfico de los enlaces (impedir el acceso desde una dirección de IP ubicada en el país de su residencia) o si corresponde limitar el acceso a dichos enlaces en todas las versiones de su motor de búsqueda con independencia de su

³⁸Considerandos 77 y 78 obligando éste al gestor a “estructurar la lista de resultados de tal manera que la imagen global que resulte de ella para el internauta refleje la situación judicial actual, lo que requerirá, en particular, que en dicha lista se indiquen en primer lugar enlaces a páginas web que contengan información al respecto”.

localización, en la del país en que se hizo lugar a la solicitud de retirada o las del conjunto de Estados miembros de la UE, y aun si el bloqueo geográfico y la limitación a versiones pueden combinarse.

El Tribunal después de cotejar la legislación europea y la francesa especifica que la finalidad de la normativa es brindar un elevado nivel de protección de los datos personales en toda la Unión por lo que el retiro de los enlaces de todas las versiones de un motor de búsqueda sería factible³⁹, sobre todo en un mundo globalizado en el cual el hecho de que internautas que residen fuera de la Unión pueden acceder a “un enlace que remite a información sobre una persona cuyo centro de interés está situado en la Unión puede tener, por lo tanto, efectos inmediatos y sustanciales en la propia Unión”⁴⁰; pero asimismo advierte que el derecho al olvido no está contemplado en muchos otros países ni de la normativa vigente se aprecia que el legislador de la Unión haya atribuido a los derechos que consagra y se garanten en la UE “un alcance que vaya más allá del territorio de los Estados miembros”⁴¹.

Consecuentemente el TJUE limita el derecho al olvido al ámbito de la UE, pero lo extiende a todas las versiones de los motores de búsqueda con dominio en los EM, vale decir, más allá de la del estado de residencia del beneficiario, haciendo notar que existen instrumentos legales previstos en un reglamento de aplicación directa en todos los Estados

³⁹Considerandos 54 y 55.

⁴⁰Considerando 57, que sintetiza la caracterización de Internet como “una red mundial sin fronteras y los motores de búsqueda confieren carácter ubicuo a la información y a los enlaces contenidos en una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona física” hecha en el considerando 56 y la posible conclusión de que tales circunstancias “podrían justificar que el legislador de la Unión fuera competente para establecer la obligación de que el gestor de un motor de búsqueda, cuando estime una solicitud de retirada de enlaces formulada por tal persona, retire dichos enlaces de todas las versiones de su motor” del considerando 58.

⁴¹Considerandos 59 y 62, terceros Estados sobre los cuales no se extiende el Derecho de la Unión y sobre todo la jurisdicción del TJUE, dicho esto último elíptica y tácitamente. Pero en consonancia con la determinación del ámbito de aplicación territorial prevista por el Reglamento 2016/976, en su artículo 3: “1. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no. 2. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión. 3. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.

miembros⁴², que permiten a las autoridades de control de los Estados miembros cooperar para llegar a un “equilibrio entre los derechos del interesado al respeto de su vida privada y a la protección de los datos personales que le conciernan y el interés del público de los distintos Estados miembros en tener acceso a la información”⁴³.

Y, hábilmente, aprovecha esta remisión –y resquicio jurídico– a las autoridades nacionales de control para encontrar un posible punto de quiebre y de habilitación tanto a que no haya un tratamiento unificado en todo el EI por motivos de interés público y resguardo de la libertad de información, o fines de expresión artística literaria o periodística⁴⁴, como a que si una autoridad de control o judicial de un EM lo estima pertinente luego de hacer la ponderación de derechos al olvido y de libertad de expresión exija “a un motor de búsqueda que proceda a retirar los enlaces de todas las versiones de dicho motor”⁴⁵, porque, acota, si bien el Derecho vigente no lo exige, tampoco lo impide..., en una curiosísima interpretación de facultades implícitas en las competencias de las instituciones.

V.- Asunto C-673/17 (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV y Planet49 GmbH) del 24/9/2019

El caso fue elevado por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) en el marco de un litigio entablado por la Federación de Organizadores y Asociaciones de Consumidores – Federación de Organizaciones de Consumidores contra la empresa Planet49 GmbH. Los hechos que motivaron la solicitud son los siguientes: Planet49 GmbH ofrecía juegos en línea y para jugar los participantes debían llenar un formulario mediante el cual autorizaban a la empresa a transmitir a terceros (patrocinadores y colaboradores) sus datos personales, el almacenamiento de esa información y el acceso a la información almacenada en el equipo terminal del usuario. El consentimiento se hacía en el formulario de mención que tenía dos casillas: la primera requería la expresión concreta

⁴²Considerando 66.

⁴³Considerando 63.

⁴⁴Considerando 67.

⁴⁵Considerando 72.

de la voluntad por parte del usuario para que se transmitieran los datos⁴⁶, en tanto que la segunda estaba activada por defecto y en esta se informaba que se instalarían cookies⁴⁷.

Ante ello se pregunta al TJUE si el consentimiento es válido y si entre la información que debe brindar el proveedor del servicio está la de precisar el tiempo en que las cookies permanecerán activas.

Lo interesante del caso es que la empresa no oculta que un tercero también almacenará y hará tratamiento de los datos que recabe del usuario.

El TJUE luego de analizar la legislación europea y la alemana entendió que para que el tratamiento de datos se considere lícito el consentimiento tiene que haber sido dado “de forma inequívoca por el interesado” suponiendo esto un comportamiento activo⁴⁸, no una mera activación del botón participación en el juego por parte del usuario⁴⁹, y menos la presunción de que hubo tal consentimiento cuando una casilla está marcada por defecto⁵⁰. Y puntualizó que de ningún modo puede existir una injerencia en la esfera privada de las personas⁵¹, la cual comprende “la información almacenada en el equipo terminal de los usuarios de una red de comunicaciones electrónicas”⁵² debiendo, por tanto, quedar protegidos “contra el riesgo de que identificadores ocultos u otros dispositivos similares puedan introducirse en el equipo terminal del usuario sin su conocimiento”⁵³ y consecuentemente destacó que de acuerdo con el derecho europeo la “información acerca del tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan

⁴⁶«Presto mi consentimiento para que determinados *patrocinadores y empresas colaboradoras* puedan informarme por correo, teléfono, correo electrónico o SMS sobre ofertas de *su respectivo ámbito de actividad*. Yo mismo puedo determinarlos aquí, en caso contrario serán elegidos por el organizador. Puedo revocar mi consentimiento en cualquier momento. *Aquí puede obtener más información al respecto.*».

⁴⁷«Presto mi consentimiento para el uso del servicio de análisis de páginas web Remintrex. En consecuencia, el organizador del juego con fines promocionales, [Planet49], instalará *cookies* una vez me haya registrado para en el juego, lo que le permitirá analizar mi comportamiento de navegación y uso de páginas web de socios publicitarios y enviarme publicidad específica conforme a mis intereses a través de Remintrex. Puedo cancelar las *cookies* en cualquier momento. *Aquí puede obtener más información.*».

⁴⁸Considerandos 54 y 56.

⁴⁹Considerando 59.

⁵⁰Considerando 55.

⁵¹Considerando 69.

⁵²Considerando 70.

⁵³Considerando 70.

acceso a ellas forma parte de la información clara y completa que debe facilitarse al usuario”⁵⁴.

Podemos observar cómo al contrastar los hechos con el derecho vigente el tribunal resguarda los derechos personales reconocidos en toda la jurisdicción de la UE y enfatiza la necesidad de cumplir con los requisitos de consentimiento activo e informado por parte del usuario para así impedir toda intromisión subrepticia e indirecta en la esfera privada de las personas, aun cuando fuera facilitada por una presunta anuencia suya al aceptar y activar un botón de conformidad a propiciar información, pero con la que queda vinculada por defecto otra prestación de conformidad desconocida o aun visible y conocida pero que no brinde cabal información sobre qué se hará con esos datos ni el tiempo que permanecerán almacenados en los equipos del destinatario final de los datos.

Finalmente es menester asentar que el TJUE hace explícito un principio que debe primar en la interpretación del derecho de la Unión, cual es el de aplicación uniforme en todo el Espacio Integrado, cuando la norma no deja margen de apreciación o articulación nacional. El tribunal es enfático y señala: “de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme”⁵⁵.

VI.- Conclusiones

Los tres fallos parten del señero asunto C-131/12 (*Google Spain S.L., Google Inc. Agencia Española de Protección de Datos –AEPD– y Mario Costeja González*) del 13 de mayo de 2014 que fue el gatillazo de salida en esta materia en la órbita del Espacio Integrado Unión Europea, y precursor de la incorporación del derecho al olvido en el actual Reglamento (UE) 2016/679 –General de Protección de Datos (RGDP)–, que hoy rige en todo el ámbito de la Unión, dando lugar al derecho de supresión aplicada a los buscadores de internet concretamente.

⁵⁴Considerando 75.

⁵⁵Considerando 46, que remite a sus “sentencias de 26 de marzo de 2019, SM (Menor bajo el régimen de la kafala argelina), C-129/18, EU:C:2019:248, apartado 50, y de 11 de abril de 2019, Tarola, C-483/17, EU:C:2019:309, apartado 36”.

En este sentido, las tres sentencias vistas reiteran y reafirman al gestor de un motor de búsqueda o al facilitador de información al destinatario de datos personales como responsables del tratamiento de tales datos, lo que significa su participación esencial en el manejo de datos personales, en la recepción de solicitudes de supresión y la consecuente obligación de someterse a la normativa debiendo garantizar su cumplimiento en el ámbito de sus competencias. En dos de los tres casos se trata de Google, el mayor motor de búsqueda a nivel mundial, cuya actividad es realmente sinónimo y argumento de globalización en esta revolución tecnológica, y fue disparador del primer caso que contempló el tema en el ámbito de la UE.

A su vez, en este compendio jurisprudencial el TJUE vuelve a manifestar la importancia de la tensión jurídica entre el derecho fundamental de la protección de datos personales y la privacidad del titular de esos datos (artículos 7 y 8 de la CDF), y el derecho fundamental a la libertad de información (artículo 11 de la CDF). Y si bien los primeros priman, en general, sobre esa libertad, se "...pone de manifiesto que el derecho a la protección de los datos personales no constituye un derecho absoluto (...), debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad..."⁵⁶. Este equilibrio puede variar en relación con la información de que se trate o de la función que ocupe en la vida pública el titular de los datos. Si bien este no es un enfoque novedoso, en nuestros días es preciso recordar que el ejercicio de ese derecho a la libertad de información conforma un pilar fundamental del sistema democrático y debe ser también garantizado con miras al bien común, al interés general por sobre lo particular.

Centrándonos en un enfoque integracionista, una vez más se evidencia el indiscutible rol de la jurisprudencia en estos procesos regionales, viendo cómo va dando claros pasos hacia la interrelación de sus miembros, marca posición, y resuelve conflictos en los que su voz como Tribunal se reconoce válida para tal fin, estableciendo un espacio común de interpretación, que armoniza y unifica conceptualizaciones en miras de profundizar la integración, mediante la aprobación de sus miembros.

⁵⁶Considerando 57, Asunto C-136/17, EU:C:2019:773.

Otra observación que surge del análisis de estas sentencias, y en sintonía con lo expuesto en el párrafo anterior, la encontramos en que en todas el TJUE incorpora en sus considerandos la interpretación de las tensiones jurídicas planteadas a la luz del articulado del RGPD, en vigencia desde el 25 de mayo de 2018, y si bien advierte que no es de aplicación en los casos por no encontrarse vigente al momento de los hechos, aún así decide resolver sobre esa inteligencia “con el fin de garantizar que sus respuestas sean, en todo caso, útiles para el órgano jurisdiccional remitente”⁵⁷. Este punto demuestra la fuerza y la importancia del Tribunal en la consolidación de los principios del derecho de la UE, así como las características propias del sistema comunitario, y resalta la vital función del juez nacional en la aplicación del derecho de la UE, como eje principal del crecimiento institucional de la Unión.

Concluyendo, entonces, el rol del TJUE en el proceso permanente de construcción y fortalecimiento europeo es actual, persistente y concreto, y se erige como el actor principal del éxito de la región, al ser el veedor en la solución de diferencias en todo su ámbito de competencia, por revestir de potestad comunitaria a los jueces nacionales como factores fundamentales en la incorporación del derecho derivado en la vida cotidiana de los ciudadanos de la UE. Enfoque este que sería sensato fuera replicado en otros procesos de integración, como el caso del Mercosur, a la hora de repensar sus endeble estructuras.

Luego, al resaltar el derecho al olvido con su consagración jurisprudencial y tras la posterior reglamentación a nivel Unión Europea, el Derecho de la Unión nos interpela a trabajar en los espacios locales para pregonar por ese derecho que, aunque sea en mínima expresión, pueda limitar la fuerza y el poderío que encarnan las corporaciones cibernéticas de hoy en día, que actúan como un feudalismo vernáculo, de carácter digital. Probablemente se trate del último freno posible, o al menos un intento para preservarnos: un derecho en general no regulado, que se presenta como un recurso plausible ante el avasallamiento de nuestra identidad y autonomía digital.

En definitiva, la revolución 4.0; 5.0, y las que vengan, son parte del coexistir humano en este Siglo XXI, que tiene al ciberespacio como el lugar común de un devenir en que

⁵⁷ Considerando 33, Asunto C-136/17, EU:C:2019:773; Considerando 41, Asunto C-507/17, EU:C:2019:772; Considerando 41, Asunto C-673/17, EU:C:2019:801, aunque en este caso con diferente análisis ya que advierte que el Reglamento deba ser tenido en cuenta por la fecha en que toque resolver el litigio principal.

todos quedamos registrados. Las tecnologías de información y comunicación cumplen un rol determinante en la economía y en la sociedad en su conjunto, lo que permite un mayor desarrollo y evolución en cuanto a la digitalización de esferas privadas, adquiriendo las personas la calidad de “internautas”, dejando cual huella indeleble la información que publicamos y compartimos por internet o que otros comparten por nosotros; generando una identidad digital que se presenta expuesta a todos. Ya no podemos escapar a su intromisión en la vida cotidiana. En este escenario el derecho al olvido es la llave para permitir dejar atrás lo que es del pasado, actualizando lo vigente, sin que ello nos aplaste en nuestra esencia como persona, sin que los grandes emporios cibernéticos nos arrastren a lo indigno por datos que nos evocan y convocan, pero no podemos controlar.

“...[T]odos estamos inmersos en una narrativa inmensa, el mayor emprendimiento de la representación en la historia: Google. Google es la contranovela de la novela humana. Organiza e indexa todo lo que hiciste, lo que deseas y lo que aún no sabes que vas a desear, las estadísticas de tus amores y de tus odios, la posibilidad de tus futuros. Los personajes, es decir, los usuarios, cada día son más, y cada día escriben más: cada uno se interpreta a sí mismo. El género de los personajes que llenan una autoficción, jugar a ser reales. Somos los personajes que llenan la novela omnisciente que se indexa y organiza la lectura para otros lectores, que no son humanos. Estos lectores también buscan algo real, algo mucho más real y preocupante, que lleva a la vigilancia, al control.”⁵⁸

⁵⁸POLA, O, *Mona*, p.93.

Bibliografía

BARICCO, ALESSANDRO, *The Game*, Barcelona, Anagrama, 2019, Traducción Xavier González Rovira. Edición original: *The Game*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2018.

GUICHOT, EMILIO, El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español, “Revista de Administración Pública”, 209, p.45 a 92, 2019, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.02>

HARVARD LAW REVIEW, Recent cases. Internet law — Protection of personal data — Court of Justice of the European Union creates presumption that Google must remove links to personal data upon request. — Case C-131/12, *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos* (May 13, 2014), Vol. 128, p:735 a 741.

LETURIA, FRANCISCO, Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos?, “Revista chilena de derecho”, vol. 43, nº 1, abril 2016 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100005>

LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del derecho europeo, y su impacto en la relación transatlántica UE-EUUU, “UNED. Teoría y Realidad Constitucional”, nº 39, p. 557 a 581, 2017.

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, MÓNICA, Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales, “Estudios de Deusto” 65, Nº 2: 00-00, 2017, doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp139-176](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp139-176).

MORENO BOBADILLA, ÁNGELA, El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos, “Revista de Comunicación”, vol. 18, nº 1, ene.-jun., 2019, <http://dx.doi.org/10.26441/RC18.1-2019-A13>

OLOXARAC, POLA, *Mona*, Buenos Aires, Penguin Random House Grupo Editorial, 2019.

PLATERO ALCÓN, ALEJANDRO, El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda, "Opinión Jurídica", vol. 15, n° 29, ene.-jun. 2016, p. 243 a 260. Medell.