

José Ignacio Castillo Cano

Delegado de Protección de Datos.

(Sevilla) España.

jicastillocano@gmail.com

CUESTIONES PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DEL “DERECHO AL OLVIDO” RECOGIDO EN EL ART. 17 DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS 2016/679 (RGPD).

No hay que negar la importancia y el profundo cambio en las concepciones sobre la privacidad que la Sentencia Mario Costeja trajo a un escenario de incertidumbre y en el que los cambios tecnológicos ponen en juego la privacidad de las personas físicas, frente a las ventajas que los ciudadanos obtienen.

Sin embargo, pese a la consagración del “Derecho al Olvido”, como desarrollo del derecho de supresión ya plasmado en la anterior Directiva, su nueva concepción como derecho frente a los proveedores de motores de búsqueda (en adelante, buscadores), tienen, cuanto menos algunas lagunas en cuanto a su aplicación práctica, lo cual afecta negativamente al derecho de la intimidad de las personas.

Si bien la Guía indica que nos encontramos antes dos supuestos distintos cuando nos encontramos ante una solicitud de exclusión dirigida contra un editor de contenidos o cuando dicha solicitud está dirigida a un buscador, ambos destinatarios, considerados como Responsables del Tratamiento de datos personales, deben mejorar en la aplicación de principios recogidos en el RGPD, como el principio de responsabilidad activa, transparencia, minimización de datos y proporcionalidad.

Igualmente, las Autoridades de Control de los estados miembros deben velar por la efectividad de este derecho y de la aplicación de dichos principios, además de exigir a los Responsables del Tratamiento que demuestren desde el momento de la solicitud de exclusión, que cumplen con las consideraciones que en esta Guía se plasman.

En mi opinión, la principal causa del aumento de quejas por parte de los ciudadanos en relación al “Derecho al Olvido” es la falta de transparencia que tanto buscadores como los editores de contenido o responsables de publicaciones muestran, tanto en los modelos de solicitud que ponen a disposición del afectado (a menudo, inexistentes) como la justificación que se da al ciudadano cuando el resultado de su solicitud es negativo.

A grandes rasgos, no hay una decisión fundamentada y demostrada por parte del Responsable y que haga comprender al afectado los motivos de la negativa a atender su solicitud.

Las vías de solicitud del Derecho al Olvido.

Centrándonos en los modelos de solicitud y los espacios web que los principales buscadores ponen a disposición de los ciudadanos que quieran utilizarlos como modelo de solicitud de exclusión, los principales vicios que presentan son los siguientes:

- **Falta de visibilidad.** Están ubicado en sitios que no son accesibles a simple vista, cuestión que puede restar efectividad de éstos y la consecuente merma en los derechos del interesado.
- **Falta de claridad,** pese a contar con unas instrucciones. Los errores en la traducción en determinados casos, unido a la confusión que generan algunos apartados, restan efectividad a la solicitud del derecho, puesto que en apariencia se busca rechazar la solicitud por motivos formales y provocar que el interesado desista en su solicitud.
- **Espacio limitado para incorporar elementos de prueba** y que justifiquen cumplir con los requisitos del RGPD para que se estime la solicitud del interesado. La limitación en caracteres, impide que se puedan exponer circunstancias concurrentes en una misma solicitud, lo que va en perjuicio del interesado. No podemos pensar que grandes compañías que disponen de sobrados medios de almacenamiento para sus objetivos comerciales, tengan limitado el espacio de almacenamiento para solicitudes que, no olvidemos, se refieren a la defensa de un derecho fundamental.
- **Espacio limitado para indicar aquellas URL'S sobre las que el interesado desea ejercer su derecho.** De esta forma, obligan al interesado a enviar reiteradas solicitudes, lo que puede provocar que se exija el pago de un canon ante el exceso de solicitudes o el rechazo de la solicitud. Del mismo modo, se exige que la URL'S se incorpore al formulario en determinado formato, cuestión que puede no ser comprendida por un usuario con conocimientos informático limitados. En este sentido, las autoridades europeas deberían velar porque las solicitudes de exclusión/ derecho al olvido dirigidas a los buscadores, se refieran, por defecto a todas las URL's en las que aparezca el nombre del interesado, ya que es este el criterio de búsqueda afectado por el derecho al olvido, sin perjuicio de que el propio interesado indique aquellos sitios web de los que desea no aparecer como resultado de la búsqueda.
- En cuanto a los tiempos de respuesta, que habitualmente no llegan a las dos semanas, hace pensar que las solicitudes no son examinadas individualmente, lo que nos haría pensar que no hay un estudio del caso, sino que parecen ser examinadas de forma automatizada, lo cual nos debería invitar a un debate si las decisiones automatizadas en el ejercicio de este derecho al olvido provocan una indefensión en el interesado.
- Por último, si bien se emite un justificante de haber enviado la solicitud, no hay una certificación del contenido, lo cual crea incertidumbre en el interesado que no llega a conocer de forma clara la información que ha facilitado y que ha quedado registrada, dadas las limitaciones antes identificadas.

La problemática de la comunicación entre responsables.

Por otra parte, otro de los principales problemas prácticos que se encuentra en la aplicación efectiva del Derecho al Olvido es el efecto perjudicial que puede derivar de la comunicación entre el buscador y los editores de contenido y viceversa, teniendo en cuenta que no sería de aplicación a los buscadores lo dispuesto en el Artículo 17.2 RGPD.

A este respecto, nos encontramos con antecedentes en la jurisprudencia española que indican que es legítima la comunicación de datos personales entre el buscador y el editor de contenidos, como parte del desarrollo del derecho solicitado, a efectos de que el editor de contenidos se pronuncie sobre la concurrencia de limitaciones a la exclusión solicitada.

No obstante, podríamos entender que va en contra de lo dispuesto en la Guía, que indica que puede haber resultados distintos dependiendo de a qué responsable del tratamiento se

dirija la solicitud. En cambio, nos encontramos con que en la práctica la decisión del editor de contenidos parece vincular a la decisión del buscador sobre el resultado de la solicitud recibida.

Esta situación implica que ambos responsables no realicen una ponderación de intereses efectiva ni justificada además de hacer depender la decisión del responsable del tratamiento a la actuación de un tercero, el editor de contenidos, que puede no tener una finalidad simplemente informativa.

Consideremos los propios intereses económicos, políticos o de negocio que pueden influir en la decisión de un editor de contenidos y que puede afectar al resultado de cualquier solicitud de derecho al olvido que remita un afectado.

Por otra parte, no es comprensible que la misma solicitud de derecho al olvido o exclusión, dirigida a distintos buscadores, tengan distintas resoluciones, de forma que algunos proveedores accedan total o parcialmente a la solicitud del interesado y otros, en cambio, denieguen lo solicitado por el interesado.

Hasta este punto, nos encontramos con elementos prácticos que van en contra de los derechos de los interesados, y sobre los que las Autoridades de Control nacional y europeas deben incidir, procurando certidumbre al interesado:

- **Deben regularse los requisitos de los formularios de solicitud de exclusión cuando éstos se pongan a disposición vía web**, para que éstos tengan total transparencia y no pongan límites excesivos a los argumentos del interesado. Esto incluirá un lenguaje comprensible, claro, sencillo y la puesta a disposición de medios sencillos para dirigirse al proveedor de motores de búsqueda.
- **Estudio de la posibilidad de incluir, por defecto, la retirada de los datos del interesado de todas las búsquedas basadas en su nombre**, salvo que el interesado opte por indicarlas de forma individualizada.
- **Emisión de un certificado de contenido de la solicitud**, que sirva al interesado para tener certidumbre de la solicitud enviada, de forma que pueda servir para posteriores reclamaciones ante órganos administrativos o judiciales.
- **Intervención ante los posibles efectos negativos que pueda producir la comunicación de los datos entre un buscador y los editores de contenidos, páginas web, etc.** La decisión u opinión del editor no puede influir en la decisión del buscador. Deberá vigilarse para que ambas partes cumplan con los principios de minimización de datos, proporcionalidad, confidencialidad, etc.
- **Intervención ante la posibilidad de que las solicitudes de los interesados sean analizadas sin intervención humana**, lo cual debilita los derechos del afectado.
- Intervención para que los responsables del tratamiento, en su respuesta al interesado, incluyan los juicios de proporcionalidad y ponderación de intereses realizados.

Al hilo de lo anteriormente indicado en relación a la comunicación entre editores y buscadores, la limitación de este derecho a los tratamientos realizados por los buscadores en otras versiones o fuera de los estados miembros, de manera que de nuevo se puedan obtener resultados tras la búsqueda el nombre del interesado, solo produce efectos adversos sobre el afectado.

Hay que pensar que dicha decisión, en la práctica, puede ir en contra del ámbito de aplicación subjetivo del RGPD ya que establece un límite territorial insuficiente ante la cantidad de información y flujo de personas entre países. Pensemos, por ejemplo, en información que se

publique sobre individuos con doble nacionalidad o que por el contrario se encuentran en una situación de vulnerabilidad y que, en contra de lo dispuesto en el RGPD, puede seguir sufriendo ataques a su privacidad desde terceros países mientras que se encuentra en la Unión Europea.

Cuestiones sobre los principios generales que afectan al Derecho al Olvido.

Respecto a los principios generales en los que se basa la solicitud de derecho al olvido, hay aspectos prácticos que provocan una merma en el derecho de los interesados, puesto que no son observados por parte de los responsables del tratamiento.

En primer lugar, la solicitud del interesado basada en un tratamiento de datos que ya no es necesario en relación con el procesamiento realizado por el buscador hace posible la comunicación de datos personales entre responsables, pero al mismo tiempo saca a la luz una paradoja: El editor de contenidos de una publicación o web debe cumplir y justificar los periodos de almacenamiento o retención, que a menudo no se conocen o no se han fijado, pero al tiempo debe justificarlos y no incidir en la decisión del buscador.

Las autoridades de control deben establecer criterios temporales que permitan evaluar con mayor certidumbre si el paso del tiempo implica la viabilidad de retirar contenidos o resultados cuando no se han considerado periodos de retención por parte de los responsables del tratamiento.

En segundo lugar, uno de los principios que amparan la solicitud de exclusión o de olvido, es la retirada del consentimiento, cuestión poco probable que aplique al caso de los buscadores pero que si podría ser de utilidad cuando la solicitud se dirige al editor de la web. En tal caso, el responsable del tratamiento se ve en la obligación de comunicar al buscador. Sin embargo, en la práctica esta comunicación no está siendo cumplida, mucho menos si nos referimos a terceros países fuera de la Unión, por lo que debería controlarse o exigirse una certificación por parte del Responsable del tratamiento, de forma que el interesado pueda oponerla en una posterior solicitud ante el buscador.

Por otra parte, al hablar de las solicitudes de exclusión basadas en una anterior solicitud de oposición al tratamiento de datos, es necesario reforzar la presunción a favor de la persona afectada, pues en la práctica, muchos de los intereses legítimos aportados por el interesado no son valorados por los responsables del tratamiento, lo cual produce un menoscabo en los derechos del interesado.

En este sentido, tal y como se ha indicado anteriormente, la respuesta al interesado debe ser completa, de forma que los responsables internos del editor o del buscador plasmen los motivos legítimos considerados para rechazar la solicitud, en su caso.

En relación al listado de cuestiones valorables para lograr un equilibrio entre el derecho a la privacidad y el derecho de acceso a la información por parte de los usuarios de internet, elaborado por el Grupo de Trabajo del Art. 29, considero que es de aplicación, si bien deben definirse unos límites que ayuden a una mejor ponderación y equilibrio entre ambos derechos:

- Se tendrá en cuenta cuando el interesado no forma parte de la vida pública, si bien debería reforzarse el hecho de que la aparición de los datos del interesado asociados a determinada función pública no basta para que tenga carácter de noticia o despierte interés del público. Son los hechos asociados o su participación activa en esa vida pública la que debe analizarse.

- También se valorará que la información no esté relacionada con la vida profesional del interesado y su afección a su vida privada. En este sentido vemos como en la práctica hay situaciones en las que, por el mero hecho de pertenecer a determinados colectivos, colegios profesionales, empresariales, se asocian al interesado informaciones que pueden perjudicarlo y que no obstante generan un interés en el público. Por ejemplo, no podemos deducir el interés informativo en la mera participación en una sociedad o en un determinado colectivo.
 - En el caso de que la información que se pretende retirar constituya un delito de odio, calumnia o similares, debe habilitarse una presunción que favorezca al interesado que realiza su solicitud de forma que no tenga que aportar una resolución judicial y baste con alegar el tipo penal infringido para su valoración por parte del responsable del tratamiento.
 - En el caso de que la información refleje una opinión personal, para reforzar los derechos del solicitante, el responsable del tratamiento debería justificar los intereses legítimos que le asisten a él y también requerir la confirmación por parte del autor de dichas opiniones, en la medida de lo posible, al igual que ocurre con la responsabilidad penal de los contenidos subidos a medios de comunicación.
 - Por último, se tendrá en cuenta si la información hace referencia a un delito que sucedió hace mucho tiempo, sin embargo, no se fijan criterios temporales para que el responsable pueda ponderar si debe acceder a la solicitud del interesado. En este sentido deberían valorarse los plazos de supresión de antecedentes penales que fijan las distintas legislaciones nacionales y que permiten incluso la retirada de la información de los registros públicos oficiales.
- Igualmente, las autoridades de control nacionales y europeas deberán valorar que exista una obligación de retirada de información cuando el interesado, pese a estar vinculado a la comisión de un hecho delictivo, por causa de una investigación o su relación con los investigados, sea públicamente desvinculado de tales hechos, bien mediante una noticia o bien mediante una resolución administrativa o judicial en cualquier fase del proceso.

Cuestiones sobre las excepciones relacionadas con el Derecho al Olvido.

Centrándonos en las cuestiones que implican una excepción a la solicitud de derecho al olvido, éstas deberán matizarse de forma que no se interpreten de forma absoluta y existan indicaciones que ayuden a una ponderación de los intereses en juego.

Cuando nos referimos al equilibrio entre privacidad y derecho a la libertad de expresión y de información, es preciso que determinadas informaciones, como las relativas a la salud que deben tener más peso en dicho equilibrio entre ambos derechos. Igualmente, la información deberá siempre afectar al interesado en cuestión, impidiéndose que la vinculación con determinadas personas, familiares, afecte a la privacidad del interesado.

En cualquier caso, los intereses periodísticos o informativos deberían ser justificados documentalmente, de forma que el responsable demuestre de forma proactiva haber seguido unos cauces y una valoración oportuna de los intereses en juego. Si determinamos que el derecho a la privacidad no es un derecho absoluto, no podemos concluir necesariamente que el derecho a la libertad de expresión o la información también lo sea.