

Voces: DERECHO AL OLVIDO - BUSCADORES DE INTERNET - DERECHO COMPARADO - RESPONSABILIDAD CIVIL - INTERNET - PÁGINAS WEB - DERECHO A LA PRIVACIDAD - COMPETENCIA TERRITORIAL - PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Título: Un fallo europeo sobre derechos humanos, Internet, jurisdicción y derecho al olvido

Autor: Pulvirenti, Orlando D.

Fecha: 28-may-2014

Cita: MJ-DOC-6736-AR | MJD6736

Producto: MJ

Sumario: *I. Responsabilidad de los buscadores. II. Territorialidad de la actuación y alcance de la normativa europea. III. Derecho al olvido. IV. El alcance del fallo para la jurisprudencia argentina.*

Por Orlando D. Pulvirenti (*)

Escribir sobre el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea "Google Spain, S. L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González" (1) implica, en primer término, desandar la expectativa que sobre aquel establecieron los medios de comunicación masivos. Es que en ellos se publicitó ampliamente que tal tribunal le había garantizado a un ciudadano español el derecho de lograr que los buscadores de Internet cesaran en toda indexación que reflejara que, con motivo de la crisis económica que atravesó ese país, dicha persona había sufrido el embargo y la ejecución de sus bienes por el banco, situación hoy totalmente superada. Pero la causa se expide sobre otras cuestiones, y no en particular sobre dicho asunto. Dicho ello, la decisión no deja de ser importante, en tanto ilumina sobre dos problemas de amplia discusión en la relación entre el derecho e Internet: 1) la responsabilidad de los buscadores en el tratamiento que realizan -si es que lo hacen- de los datos personales y 2) la competencia del Estado español -y consecuentemente de cualquier Estado europeo- para actuar respecto de empresas que, ubicadas fuera de los Estados de la Unión, realizan operaciones comerciales su territorio.

I. RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES

La primera cuestión que plantea el fallo como aspecto central es si corresponde entender que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos en el sentido de la directiva europea sobre el trato de datos personales y deviene en una entidad responsable por el uso que hace de estos. La respuesta a ese interrogante resulta afirmativa, por cuanto el tribunal consideró que, como los buscadores «extraen», «registran» y «organizan» los datos en el marco de sus programas de indexación, antes de «conservarlos» en sus servidores y, en su caso, los «comunican» a sus usuarios y les «facilitan

el acceso» a ellos en forma de listas de resultados, deben calificarse de «tratamiento». Ello con independencia de que el gestor del motor de búsqueda las aplique de modo indiferenciado a informaciones que no son datos personales.

Pero el marco es más amplio al entender que aquellas operaciones referidas en la directiva europea también deben considerarse como de «tratamiento» aun cuando atañan a información ya publicada en los medios de comunicación y aun cuando a través de su búsqueda se permita simplemente hallar esa noticia tal como ha sido publicada por el medio de comunicación. Abundando en ese punto, el tribunal sostuvo que, si se excluyeran de ese alcance las noticias generadas por la prensa y ubicadas en sitios web, la aplicación de la directiva resultaría en gran medida vacía de contenido.

La responsabilidad del motor de búsqueda surge en consecuencia de ese tratamiento, dado que es él quien determina los fines y los medios de esta actividad. La corte pondera, al expedirse sobre este punto, que la sumatoria de la actividad de un motor de búsqueda con la de los editores de sitios de Internet potencia los efectos de la información y, en consecuencia, puede afectar gravemente los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de los datos personales. Ello impone un deber de garantía en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisfaga las exigencias de la directiva, en cuanto a la protección eficaz y completa de los interesados (y en particular de su derecho al respeto de la vida privada).

Finalmente y en lo que refiere a la eventual exclusión de una lista de resultados del motor de búsqueda, el tribunal expresó que, en determinadas condiciones, está obligado a eliminar los enlaces a páginas web publicadas por terceros que contengan información relativa a la persona que reclama por su derecho a la privacidad. Dicha obligación incluso puede existir en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de esas páginas web y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.

II. TERRITORIALIDAD DE LA ACTUACIÓN Y ALCANCE DE LA NORMATIVA EUROPEA

En lo que se refiere al ámbito de aplicación territorial de la directiva, el gran interrogante que asume la corte es determinar si el hecho de que Google Spain sea una filial de Google Inc. en territorio español, aun cuando la tarea de almacenamiento y tratamiento de datos no se efectúe en este último, le acuerda el carácter de «establecimiento» en el sentido de la directiva europea. Esta cuestión claramente no resulta menor, se trata de determinar, considerando que los servidores y las empresas proveedoras de servicios de Internet se ubican en cualquier territorio y prestan servicios globales, quién tiene jurisdicción sobre ellos o si pueden existir pluralidad de jurisdicciones.

La corte en este punto desestimó la postura de que Google Search no realiza un tratamiento de datos de carácter personal entre las actividades que desempeña en España. En efecto, el argumento defensivo sostenido fue que los servers destinados a dicha función se ubican fuera de la Comunidad Europea y son llevados adelante por Google Inc.

Para llegar a esa conclusión sostuvo que si el tratamiento de datos se lleva a cabo para permitir el funcionamiento de un motor de búsqueda gestionado por una empresa que, a pesar de estar situada en un Estado tercero, dispone de un establecimiento en un Estado miembro, ese tratamiento se efectúa «en el marco de las actividades» de dicho establecimiento, en el sentido de la directiva. Como la misión del establecimiento ubicado en Europa es la promoción y la venta de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio ofrecido por este último, debe considerarse parte de una actividad integral y que compromete la responsabilidad en el territorio europeo.

III. DERECHO AL OLVIDO

Si bien, como anticipara, el fallo no se expide respecto del derecho al olvido, sino que sobre el particular reenvía el expediente al tribunal de origen español, por cuanto la prensa argentina abrió el capítulo sobre esta cuestión, entendí que devenía necesario hacer algunas breves consideraciones, reseñando las causas en las que sí la Corte Europea se expidió sobre el tema. Dicho sea, también permite algunos breves apuntes sobre los supuestos en los que se expidieron fallos en nuestro país.

Se apunta como el comienzo de esta cuestión un planteo iniciado en Alemania. Se dice que en el año 1990 el actor Walter Sedbmayer fue asesinado por sus anteriores socios, Wolfgang Werlé y Manfred Lauber, quienes lo ataron en su departamento en Munich, lo apuñalaron en el estómago y lo golpearon con un martillo en la cabeza. Ambos fueron condenados a perpetua el 21 de mayo de 1993, pero en enero de 2008 fueron liberados bajo caución. En el año 2009, demandaron, con base en la ley alemana que protege el nombre y el deseo de las personas de no ser conocidas públicamente, a Wikipedia con el fin de retirar sus nombres de la página. Si bien el proceso no les fue del todo favorable, inició la discusión en Europa sobre «el derecho al olvido».

El 25 de enero de 2012, la Comisión Europea presentó un documento que plantea los nuevos retos de la privacidad y el esclarecimiento del citado derecho. Para diciembre de ese año, la Agencia de la Unión Europea para la Seguridad de las Redes e Información (ENISA) publicó un reporte en el que establece las diferencias entre las expectativas del «derecho al olvido» y la práctica. Una de las conclusiones de la ENISA es que: «Para cualquier interpretación razonable del derecho a ser olvidado, una solución puramente técnica e integral para hacer valer el derecho en Internet abierto es generalmente imposible».

(2)

Tales directivas se han propagado especialmente en materia económica, respecto del tiempo de duración y posibilidad de ser excluido en los distintos países europeos de registros bancarios, comerciales o económicos, o la necesidad de su corrección ante datos erróneos.

IV. EL ALCANCE DEL FALLO PARA LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

No puedo cerrar estas breves apreciaciones respecto del fallo europeo sin hacer algunas observaciones respecto de la extensión que alguno de sus criterios puede tener respecto del derecho nacional. Por cierto, ello es así dado el prestigio del órgano jurisdiccional del que emana la decisión y de la influencia que tales decisiones suelen tener en su equivalente americano y en la Argentina, dadas las similitudes de sistemas jurídicos y la globalización producida en la materia.

La primera cuestión referida a la responsabilidad que tienen los buscadores por el trato de los datos personales es hoy en día un capítulo en discusión por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; pero también lo es en el ámbito de la justicia de la Ciudad de Buenos Aires. En el primer caso, impulsado por la modelo María Belén Rodríguez, se discute si las empresas buscadoras resultan responsables por el trato de los datos y si puede obligárselas a excluir de la búsqueda a los sitios que la mencionan, aun cuando estos continúen existiendo. En el segundo, llevado adelante por el Dr. Andrés GIL DOMÍNGUEZ, se debate si es posible establecer un procedimiento administrativo por medio del cual se exija a un buscador con carácter previo, que corrija o elimine de la búsqueda a un nombre, antes de generar una responsabilidad como consecuencia de su omisión.

Por otra parte y hasta el momento, jurisprudencialmente, los fallos dictados a la fecha en "D. C. V. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro" (3) y "K. A. P. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro" (4) arribaron a sentencias contradictorias. Mientras que en el primero se sostuvo que los buscadores no son responsables por los contenidos difamatorios que listan, por cuanto tan solo permiten su rápido hallazgo por medio de sistemas lógicos; en el segundo se sostuvo que los servicios desarrollados por los buscadores constituían una «actividad riesgosa», imprescindible para el logro de la información pretendida por el usuario (y que tiene como destinatario al actor), razón por la cual resultaban sujetos a

responsabilidad objetiva por el daño que causaran.

Sin ingresar en el problema específico de la responsabilidad, pareciera que es necesario, cuando la información es falsa o se vincula maliciosamente a contenidos que aparecen no relacionados con la persona, que quien resulta afectado por ellas cuente, de la misma manera en que hoy protege tal situación la Ley de Datos Personales (Ley 25.326) y el hábeas data, con que pueda corregirse y eliminarse tal indexación. Pero cuando se trata de información veraz, aunque sea antigua, será necesario determinar en forma estricta y siguiendo los específicos lineamientos que han establecido los organismos de derechos humanos, al momento de tratar la libertad de expresión, que no medie un interés público en esa difusión, que no haya otro medio alternativo de lograr similar resultado y que quede profundamente acreditado que el daño que se causa es mayor que aquella situación que se procura conjurar. Es que más allá de la consideración que merece toda persona, no lo es menos que el derecho contrario en juego, es decir, la libertad de expresión, es fundante y esencial para la democracia. Consciente de dicha problemática, la misma Corte Europea sostuvo que, si bien es cierto que los derechos de la persona afectada prevalecen igualmente, por regla general, sobre el mencionado interés de los internautas, este equilibrio puede depender en casos particulares de la naturaleza de la información de que se trate, de lo delicada que esta sea para la vida privada de la persona de que se trate (5) y del interés del público en disponer de esa información, que puede variar, en particular, en función del papel que esa persona desempeñe en la vida pública. (6)

La segunda cuestión, referida a la jurisdicción y la legislación aplicables a estos temas, tampoco resulta menor para la Argentina. He tenido oportunidad en algún momento de referirme al caso del comercio electrónico y particularmente a la emisión de imágenes desde el extranjero, que son adquiridas y vistas en el territorio argentino, sosteniendo el alcance pleno de todos los poderes del Estado nacional. (7) El fallo en comentario no hace sino reafirmar la existencia de puntos de contacto o establecimientos locales, a todos los fines, cuando se ubican en el territorio argentino a algunos extremos del «negocio», sea ello la difusión, la comercialización o aspectos técnicos. Debe la justicia extremar visiones realistas acerca de cómo se efectúa el negocio de Internet, para evitar que, con base en el uso conveniente de jurisdicciones, se pueda evadir el cumplimiento de todas las responsabilidades que el Estado exige a quienes operan en su territorio.

(1) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13/5/2014, sentencia en el Asunto C-131/12, "Google Spain, S. L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González", MJJ85881.

(2) V. <http://www.animalpolitico.com/blogueros-riguroso-remix/2014/05/22/del-derecho-al-olvido-la-amnesia-colectiva/#ixzz32YNA> gas.

(3) CNCiv, Sala D, 10/8/2010, MJJ59552.

(4) CNCiv, Sala J, 31/8/2012, MJJ74318. (5) Advierten RIVERA y MALICKI, respecto de los funcionarios de gobierno, que «el interés por conocer ciertos aspectos de la vida privada de la persona puede revestir gran valor e interés social, sobre todo cuando se halla en juego la integridad moral o idoneidad para el desempeño de sus actividades, ya que el personaje tendrá en sus manos -en alguna medida- el destino de la comunidad» (RIVERA, Julio César y MALICKI, Anahí, "Prohibición cautelar de la publicación de una biografía no autorizada", ED, 151-157).

(6) Ahora bien, no solo es difícil evitar la publicación de contenido ilícito en Internet, sino que además es complejo el control de lo que se publica y, específicamente en lo relativo al tema central de este artículo, decidir qué debe quedar amparado por la libertad de expresión y qué no. Debemos tener

presente que, tratándose de personas notorias, como políticos, funcionarios, actrices, artistas, etc., los servicios de búsqueda listan mucha información sobre ellos que está alcanzada por la garantía de libertad de expresión. "S. de C. M. R. c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/medida cautelar", CNFedCC, Sala II, 3/6/2009; "Amado Atilio c/ Google Inc.", CNFedCC, Sala III, 15/3/2012. Por ello, bloquear sin más los contenidos referidos a una persona notoria disponibles a través de un buscador puede involuntariamente privar a la sociedad de su derecho a acceder a información de gran utilidad, que en modo alguno es ilícita o violatoria de derechos personalísimos.

(7) Pulvirenti, Orlando, Derechos humanos e Internet, Buenos Aires, Errepar, 2013.

(*) Abogado, UNLP. Doctor en Derecho, UBA. Profesor Adjunto de Derechos Humanos y Garantías, UBA. Gerente de Asuntos Jurídicos del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. Exconcejal del Concejo Deliberante de la Municipalidad de Junín. Ha sido consultor y asesor jurídico de numerosos concejos deliberantes del país, así como capacitador del IDI, CIPPEC, UCA, Universidad de Quilmes, entre otras instituciones.