

Determinados Aspectos Legales de la Convergencia de Medios Digitales

José Manuel Pérez

jmperez@jnv.com

Consultor legal (SafeNet Solutions) y Abogado (Jausàs, Nadal & Vidal de Llobatera)

“Nada hay nuevo debajo del sol”:¹
Determinados aspectos legales de los
contenidos y herramientas de marketing en
Internet móvil.

Resumen

Los servicios multimedia y las comunicaciones constituyen una vía de enorme potencial para los diferentes actores implicados. Para su estudio desde una aproximación legal, los servicios multimedia y las comunicaciones necesitan ser apreciados desde la perspectiva del contenido y la privacidad. Por esta razón, se excluyen de la actual presentación, los aspectos legales relativos al sector de las infraestructuras de telecomunicaciones, de equipos y servicios terminales, de las comunicaciones móviles y personales, de las comunicaciones por satélite o por cable. Todos estos ámbitos, de indudable interés, merecen un estudio específico que excede de los objetivos de esta presentación. La finalidad de la misma radica en analizar de forma sucinta determinados aspectos legales relativos a las aplicaciones multimedia, marketing y localización en el ámbito comunitario, nacional e internacional.

Palabras clave: Movilidad, privacidad, comunicaciones electrónicas, contenidos, datos personales, legislación.

Ponencia

1.- Introducción

Los aspectos de redes de las telecomunicaciones móviles internacionales, incluyendo la “wireless Internet, convergencia de redes móviles y fijas, la movilidad, las funciones móviles multimedia, “internetworking”, y la interoperabilidad en definitiva, plantean una serie de cuestiones legales que deben considerarse en cualquier modelo de negocio.

Las empresas que decidan interactuar en Internet móvil deben perseguir la forma de minimizar los riesgos y protegerse legalmente, al mismo tiempo que potencian el sentido comercial de sus actividades. Para ello, conviene que cada paso realizado sea sólido y tenga en cuenta la protección de todos los aspectos legales relevantes y no viole los derechos de terceros, a fin de evitar conflictos legales.

En este artículo nos detenemos a describir brevemente determinados aspectos de la tecnología que tienen relevancia para los aspectos legales analizados. A continuación, se tratan las características más importantes de la legislación referida a los contenidos en el ámbito nacional e internacional y se exponen los aspectos relativos a la privacidad de las herramientas de marketing y la localización. Finalmente, se exponen las conclusiones.

2.- La revolución digital y las obras de autor

Internet ha pasado de ser un medio de comunicación en el ámbito universitario y científico, a ser el medio natural de intercambio de información para la mayoría de los operadores económicos. Este hecho ha provocado un incremento exponencial del comercio de bienes en soporte electrónico y por consiguiente ha surgido la necesidad de crear herramientas eficaces para la protección de la propiedad intelectual de dichos bienes.

La interrelación de redes regionales de telecomunicación, la normalización de los protocolos de comunicación y la convergencia de medios digitales han permitido conformar una red mundial de redes que posibilita la difusión de contenidos digitales en unos volúmenes impensables hace tan solo unas décadas.

La representación digital y la distribución de tales documentos han incrementado su mal uso y ha intensificado significativamente los problemas asociados con la protección de los derechos de autor. Los problemas nacen con las características intrínsecas de los datos digitales. La copia y su distribución es fácil, masiva y, además, cada copia es prácticamente igual a la original.

3. Aspectos legales de la propiedad intelectual

En definitiva, la protección de la Propiedad Intelectual y de los derechos afines se considera clave para proteger los productos y servicios necesarios para materializar la sociedad de la información.

La Unión Europea ha aprobado la Directiva sobre la armonización de ciertos aspectos de derechos de propiedad intelectual en la Sociedad de la Información. En la que se tratan los siguientes contenidos:

- Derechos reconocidos: reproducción, comunicación pública, distribución.
- Excepciones y limitacionesⁱⁱ

Hoy en día, la normativa que se ocupa en España de la regulación de la propiedad intelectual, está constituida fundamentalmente por la ley de propiedad intelectual promulgado por Real Decreto legislativo de 12 de abril de 1996.

El texto ha sido completado por la ley 5/1998 de 6 de marzo por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. Esta última norma dispone su integración en el texto refundido de la ley de propiedad intelectual, a la vez que establece medidas para la actualización de ésta.

Esta regulación también incluye a las obras multimedia, una vez que éstas, procesadas en ocasiones por programas de ordenador, están recogidas en bases de datos (en soporte papel o digital) y son obras de creación: grabaciones, fotografías, películas, enciclopedias, informes, libros, etcétera. Este es, justamente, el contenido del material al que se accede por Internet o que se compra o se vende mediante la red.

Consecuentemente, cada elemento de las aplicaciones multimedia (textos, imágenes estáticas, imágenes en movimiento y sonidos, manejados por grandes bases de datos y sistemas informáticos) es susceptible de gozar de protección legal del derecho de autor o propiedad intelectual, por lo dispuesto en la normativa previamente mencionada.

Conviene observar que las nuevas tecnologías permiten a los denominados ECMS (*Electronic Copyright Management Systems*) utilizar mecanismos tecnológicos, tales como las marcas de agua y huellas digitales, con el fin de proteger determinadas obras en el ámbito digital.ⁱⁱⁱ Por la propia configuración de tales mecanismos (monitorización de huellas digitales, filtros, etc.), susceptibles de confrontación con el derecho a la intimidad y la protección de los datos de los individuos, se plantea un interesante debate entre los legítimos derechos de los propietarios de los derechos de autor y la privacidad de las personas.

4. Protección legal de las medidas tecnológicas

4.1.- Consideraciones generales

Los bienes con destino a la educación, la cultura, la información y el ocio, que durante la “era industrial” se soportaron en publicaciones en formato papel, soportes fonográficos y audiovisuales, televisión, etc. Son buena materia prima para el comercio electrónico. El precio de los soportes físicos de esta clase de productos refleja altos costes de producción y distribución de los mismos, mientras que solo una fracción proporcionalmente reducida de ese precio se destina a compensar valores inmateriales tales como la retribución a autores e intérpretes de los derechos de autor y la plusvalía de los empresarios que organizan la producción.

Hoy en día, la mayoría de las transacciones de comercio electrónico entre empresas y consumidores (B2C, en su acrónimo en inglés) están relacionadas con productos intangibles que pueden enviarse directamente al consumidor a través de Internet (móvil). Esta distribución en línea se practica actualmente en diferentes ramas de la industria de la propiedad intelectual, a modo de ejemplo:

- Publicaciones de prensa en línea que mediante la división de la edición en páginas conectadas por hipervínculos y la existencia de recursos de búsqueda facilitan la lectura dinámica.
- Buen número de emisoras de radio y televisión distribuyen parte o la totalidad de sus programas por Internet.
- La provisión de música mediante archivos distribuidos en línea.
- La distribución de películas cinematográficas en línea, que en principio se englobaría a medio plazo en el entorno de la “televisión interactiva” dentro del fenómeno de la convergencia entre ordenadores y televisión.
- Los archivos para copia de un importante número de programas de ordenador se hallan disponibles en Internet.

La representación digital y la distribución de tales documentos han incrementado su mal uso y ha intensificado significativamente los problemas asociados con la protección del *copyright*. Los problemas nacen con las características intrínsecas de los datos digitales: hacer y distribuir una copia es fácil, barato y rápido, y, además, cada copia es idéntica a la original. Por lo tanto, la protección de la propiedad intelectual es un requisito para la implantación con éxito de las aplicaciones de comercio electrónico que buscan la distribución de mercancías inmateriales.^{iv}

4.2.- Medios técnicos de identificación y protección

4.2.1 “Medidas tecnológicas”

Las denominadas “medidas tecnológicas” son “los diferentes recursos de software que permiten incorporar a los archivos digitales que dan soporte lógico a los contenidos, cualquier tipo de funcionalidad que asegure el ejercicio de facultades derivadas de la propiedad intelectual”,^v como por ejemplo:

- medidas que imposibiliten la copia de los archivos en una memoria de ordenador
- medidas que imposibiliten la impresión de los textos digitales
- medidas que permitan la identificación de las obras protegidas por derechos de autor y sus condiciones de uso.

4.2.2 Información electrónica sobre la gestión de derechos de propiedad intelectual

Se entiende por “información electrónica sobre la gestión de derechos de propiedad intelectual” a los sectores de código incluidos en los archivos digitales que al ser procesados por los ordenadores permiten:

- gestionar las bases de datos con información de las obras protegidas.
- registrar las transacciones con estas obras (entre otros, a efectos de prueba legal)

- facilitar los procedimientos de pago electrónico adecuados, en particular micropagos

4.3. Protección legal

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en el Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas provee remedios legales en contra de la alteración o remoción de medios de estos medios digitales de identificación.

A modo de ejemplo, el artículo 11 (Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas) del primero de los tratados mencionados: dispone que *“...Las partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.”*^{vi}

Respecto a la protección legal de la información para la administración de la propiedad intelectual, los principios básicos para proveer defensa a estos recursos técnicos han quedado previstos en el artículo 12 (Obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos)^{vii} del Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor y el artículo 19 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

La incorporación de los Tratados de la OMPI sobre este particular ha motivado ya significativas reformas legislativas en algunos ordenamientos, como en el de EE.UU., donde el Título I de la *Digital Millennium Copyright Act* de octubre de 1998 incluye normas relativas a la protección de medidas tecnológicas y a la información para la gestión de derechos en línea con los compromisos de los Tratados de la OMPI de diciembre de 1996.

En el ámbito comunitario, el artículo 6 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo

y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 (en adelante la Directiva), relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información establece que los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, entendida como: “toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos cuando el uso de la obra o prestación esté controlado por los titulares de los derechos mediante un control de acceso o un procedimiento de protección, como codificación, aleatorización o un mecanismo de control del copiado.”

Asimismo, en la normativa comunitaria se establece la obligación de los Estados miembros de asegurar una protección jurídica adecuada “frente a quienes sin autorización suprimen o alteran información para la gestión electrónica de derechos o distribuyen, comunican, importan o ponen a disposición del público trabajos protegidos en los que se haya suprimido o alterado sin autorización tal tipo de información.”^{viii}

En cuanto a los medios técnicos de identificación de las obras, el artículo 7 de la Directiva se refiere a las “obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos. Este precepto garantiza una protección jurídica adecuada frente a aquellas personas que lleven a cabo, sin autorización y sabiendo o teniendo motivos razonables para saber que facilitan una violación de los derechos de autor o afines, la supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos o bien la distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de trabajos protegidos, en que haya sido suprimida o alterada información para la gestión electrónica de derechos.

En la legislación española la incorporación de normas tuitivas de los dispositivos técnicos de protección en relación con la tecnología digital

es bien conocida en los programas de ordenador, como ilustran los artículos 102.c) de la Ley de la Propiedad Intelectual, que considera infractores de los derechos de autor a “quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”, y 270 párrafo 3º del Código Penal.

A partir de lo expuesto, podemos inducir que la reglamentación de este derecho tendrá lugar principalmente por medio de disposiciones prohibitivas de conductas infractoras. Atento al principio de legalidad y prohibición de la analogía que rige en el ámbito del Derecho Penal, los legisladores debieran cuidar el detalle al catalogar y tipificar las conductas prohibidas, así como las excepciones, de modo que se cubran las medidas que amparen cualquier tipo de valores intangibles jurídicamente protegidos respecto de cualquier facultad exclusiva asegurada por la ley a sus titulares y no se dejen resquicios para la realización de actos que impliquen una preparación o cooperación para una acción de elusión de medidas tecnológicas.

5. Ámbito legal de la normativa de protección de datos y privacidad

5.1 La Ley Orgánica 15/1999 de protección de los datos de carácter personal

Los medios informáticos en el sentido más amplio de la expresión para abarcar técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, constituyen instrumentos idóneos para la generación de actos y negocios jurídicos en masa, facilitando la realización de transacciones comerciales, así como el intercambio de documentos mediante sistemas de comunicación electrónica. La aparición y difusión de las nuevas tecnologías en la convivencia diaria de los ciudadanos, en las relaciones comerciales, con las administraciones, etc., hace que, en muchas ocasiones, los conceptos jurídicos tradicionales

resulten poco idóneos para interpretar las nuevas realidades, a la vez que es necesario desde un punto de vista jurídico el reconocimiento formal de estos nuevos medios, de forma que no se produzca una disociación entre normativa y realidad.

El uso de las aplicaciones en el ámbito de Internet como instrumentos para la realización de actividades en el ámbito de la empresa y el comercio electrónico plantean numerosos problemas jurídicos, relacionados con las garantías generales de la utilización de soportes, medios y aplicaciones electrónicas, informáticas, telemáticas y wireless.

La globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles, si llegan a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal que, sin duda, pertenece a la esfera privada de las personas, justifica la necesidad de una nueva frontera para la intimidad y el honor.^{ix}

Por todo lo anterior los aspectos de seguridad aparecen como un factor relevante, tanto durante el proceso de la comunicación, como a posteriori, cuando la información intercambiada, o las transacciones realizadas, quedan almacenadas en algún soporte.

La ley está motivada por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de la *privacidad*, objeto del presente informe, que pudieran resultar del tratamiento de la información. Por esto define pautas a las que debe atenerse la recogida de datos, pautas encaminadas a garantizar tanto la veracidad de la información contenida en los datos almacenados, en cuanto la congruencia y racionalidad de los datos. Este principio, verdaderamente cardinal, de la congruencia y la racionalidad, garantiza que los datos no puedan ser usados sino cuando lo justifique la finalidad para la que han sido recabados.

Aunque la LOPD no incluye una mención específica en su articulado a la seguridad en las comunicaciones,^x ésta debe considerarse implícitamente contemplada en el contexto general de la ley.

La normativa de protección de datos introduce el concepto de *tratamiento de datos*, concibiendo los ficheros desde una perspectiva dinámica. No los entiende por tanto como un mero depósito de datos, sino como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles, si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal del afectado.

En este sentido, la LOPD entiende el tratamiento de datos como el conjunto de operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

En consecuencia, dentro de la globalidad de los procesos y aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados, se encuentran la transmisión de los mismos por vías telemáticas y, más específicamente, por medio del correo electrónico.

5.2 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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, de 24 de octubre de 1995 (DOCE 23/11/1995), en su artículo 17, párrafo primero, incluye una referencia expresa a la protección de datos cuando se transmiten por redes de comunicaciones.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la directiva, *los estados miembros dispondrán la obligatoriedad por parte del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, necesarias para la protección contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la*

alteración, la difusión o el acceso no autorizado, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales.

Dichas medidas deberán garantizar, habida cuenta de los progresos técnicos y del coste de su aplicación, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse.

5.3 La Directiva específica sobre la intimidad de las telecomunicaciones

La Directiva 97/66/CE da a los legisladores nacionales la posibilidad de aplicar normas que les permiten optar por recibir o no recibir comunicaciones comerciales que no hayan solicitado.^{xi} Los casos en los que se utilicen aparatos de llamada automática o faxes con fines de venta directa están sujetos al consentimiento previo del consumidor.^{xii} La definición de apartados de llamada automática, formulada en términos imprecisos, se podría aplicar al correo electrónico.

En la actualidad, se está tramitando una propuesta de Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas en sustitución de la Directiva 97/66/CE.

En esta propuesta el artículo relativo a las comunicaciones comerciales no solicitadas no incluye de manera explícita el correo electrónico, que sólo está permitido en caso de que los abonados hayan dado su consentimiento previo.

5.4 La Directiva de comercio electrónico

La 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 establece que los mensajes electrónicos comerciales han de identificarse

como tales y que los registros de no-participación, en los que pueden inscribirse las personas que no deseen recibir tales mensajes electrónicos, se deben consultar periódicamente y se han de respetar.^{xiii}

Aunque ni la Directiva general ni la de telecomunicaciones se refieren explícitamente al comercio electrónico, se deben aplicar a este ámbito: los considerandos y la letra b) del apartado 5 del artículo 1 de la Directiva sobre comercio electrónico disponen que dicha Directiva no está destinada a modificar los principios y requisitos legales del marco legislativo existente. De ello se deduce que la ejecución de la Directiva sobre comercio electrónico ha de estar totalmente de acuerdo con los principios de protección de datos definidos en la legislación correspondiente. Por lo tanto, la legislación nacional sobre protección de datos seguirá siendo aplicable a las empresas responsables del tratamiento de datos personales.^{xiv} Además, los Estados miembros podrían aplicar lo dispuesto en la Directiva sobre telecomunicaciones y que amplíen los requisitos de la Directiva sobre comercio electrónico, es decir, las comunicaciones comerciales podrían quedar sujetas al consentimiento previo del destinatario.^{xv}

5.5 Propuesta de Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (COM (2000) 385)

La revisión prevista de la Directiva vigente sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones presta especial atención a la terminología usada en la Directiva citada, con el fin de aclarar que los nuevos servicios y tecnologías quedan cubiertos por esta Directiva, al objeto de evitar posibles ambigüedades y la aplicación coherente de los principios sobre protección de datos.

Esta propuesta ya no habla de “servicios de telecomunicación”, sino de “servicios de comunicaciones electrónicas”. El concepto se define en la letra b) del artículo 2 de la propuesta de Directiva como sigue: *Se*

entenderá por “servicio de comunicaciones electrónicas”, el prestado contra remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en la transmisión y encaminamiento de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante el uso de redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos.”

De esta lista incorporada a la nueva definición se puede concluir que los servidores de contenidos transmitidos a través de redes y servicios de comunicación electrónica no pertenecerán al ámbito de aplicación de la Directiva revisada sobre intimidad y telecomunicaciones. Así se confirma en el preámbulo de la propuesta de Directiva, que establece un marco común para las redes y los servicios de comunicación electrónica en el que se afirma que *es necesario separar la regulación de la transmisión de la regulación de los contenidos*. Sin embargo, se acepta que esta separación no debe pasar por alto las relaciones existentes entre ellas.^{xvi}

La consecuencia más importante de esta separación es que servicios adicionales, tales como DoubleClick o los que suministran contenidos a un portal o a un sitio web (sin incluir el alojamiento), no quedan cubiertos por esta Directiva, sino simplemente por la Directiva general. También significa que los proveedores de servicios de Internet quedan dentro del ámbito de aplicación de la Directiva específica siempre que actúen como proveedores de acceso y ofrezcan conexión a Internet, pero que cuando actúen como proveedores de contenidos sólo se les aplicará la Directiva general.^{xvii}

Esta distinción no será sencilla en la práctica. Por ejemplo, los prestadores de servicios de Internet que ofrezcan contenidos alojando su propio portal deberán aplicar la Directiva general a todas sus actividades y la Directiva específica a las actividades en las que actúa como proveedor de acceso.

5.6 Legislación civil y mercantil

El mal uso de los sistemas de información abiertos a redes mediante los protocolos TCP/IP constituyen un marco en el que se llevan a cabo actos heterogéneos susceptibles de generar responsabilidad civil extracontractual. A pesar de las peculiaridades del entorno, debe afirmarse como punto de partida, la aplicabilidad para determinar las consecuencias de estos actos de la normativa reguladora con carácter general de la responsabilidad civil; en nuestro ordenamiento, los artículos 1.902 y siguientes (y 1.101 y siguientes) del Código Civil (C.c.), que resultarán supletorios en relación con las materias en las que existen disposiciones legales específicas.

Ciertamente, los instrumentos legales de protección de derechos —en particular, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen— y los límites a ciertos derechos, como la libertad de expresión, establecidos con carácter general en nuestro ordenamiento operan también respecto a las informaciones disponibles a través de Internet. Al tratarse de un medio de difusión de información estrechamente vinculado al empleo de sistemas informáticos resulta propicio para la aparición de ilícitos derivados de la intromisión en los derechos al honor y a la intimidad, sobre los que se proyecta la normativa específica contenida en la Ley Orgánica 1/1982 y,^{xviii} en materia de protección de datos, en la LOPD —cuyo artículo 19 regula el derecho a indemnización.^{xix}

5.7 Código Penal

La Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el nuevo Código Penal (CP) en vigor desde el 23 de mayo de 1996, tipifica delitos y faltas que puedan cometerse a través de la red o ligada a la utilización de medios informáticos, concretamente los que se refieren a la Intimidad, Patrimonio y socioeconómicos, y Propiedad Intelectual.

En el Título X, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad

del domicilio”, en su Capítulo 1º, Del descubrimiento y revelación de secretos, asigna apenas “*al que para descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales,^{xx} o intercepte sus telecomunicaciones, o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación...*”^{xxi}.

“*...al que sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de terceros, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes magnéticos, electrónicos o telemáticos...*”.

También se penaliza la difusión, revelación o cesión a terceros de los datos o hechos o descubiertos o las imágenes captadas.

Significativa es la penalización a “*...las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros*”.

En concordancia con la LOPD respecto a los datos especialmente protegidos, se asignan penas a los que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual.

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal, será objeto de pena “El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular”...”Causar daños mediante la destrucción, inutilización o alteración o cualquier otro modo que dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos, contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos”.

5.8 Aplicaciones de localización y comunicaciones electrónicas: cuestiones en vías de regulación

El estudio que se elabora sobre la base del presente estado de la ciencia legal y futuras propuestas legislativas:^{xxii}

5.8.1 El supuesto de las aplicaciones de localización

La LOPD define los datos personales como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.^{xxiii} Por ejemplo, el nombre de una persona la identifica directamente. Información que identifica de forma indirecta es toda información que razonablemente pueda ligarse a una persona determinada, como podría ser un número de identificación, elementos específicos u caracteres de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

Esta definición aplicada al mundo de Internet móvil implica la necesaria solicitud de consentimiento expreso del interesado, titular de los datos, para que estos datos puedan recogerse y procesarse.^{xxiv}

En la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, se establece que cuando las redes de comunicaciones electrónicas sean capaces de tratar datos sobre localización, sólo podrán tratarse estos datos cuando se hagan anónimos o previo consentimiento de los usuarios en la medida y por el tiempo necesario para la prestación de un servicio de valor añadido. El prestador del servicio deberá informar a los usuarios o abonados, antes de obtener su consentimiento, del tipo de datos sobre localización que serán tratados, de la finalidad y duración del tratamiento y de si se transmitirán los datos a un tercero a efectos de la prestación del servicio de valor añadido. Asimismo, se dispone que el usuario podrá, por un procedimiento sencillo y gratuito, rehusar temporalmente el tratamiento de tales datos para conexión a la red o para cada transmisión de una comunicación.

5.8.2 Spamming

Los negocios en la red consideran al *Spamming* o envío de comunicaciones comerciales no autorizadas una fuente importante de publicidad y en consecuencia de

ingresos.^{xxv} Por otro lado, las asociaciones de consumidores y usuarios luchan para poner un límite a dichas prácticas, que consideran intrusivas de la esfera personal. La regulación actual del *spamming* en nuestro país es fruto de la transposición de varias Directivas armonizadoras.

En concreto, el envío de comunicaciones comerciales está regulado por el Real Decreto 1736/1998, de 5 de mayo, que aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones. Según el artículo 68, las llamadas no solicitadas de venta directa que se efectúen mediante sistemas de llamada automática –y por tal se entiende los que se llevan a cabo mediante aparatos sin intervención humana-, así como los realizados a través del fax, sólo podrán realizarse si previamente el usuario ha consentido en recibirlas.

Las comunicaciones comerciales llevadas a cabo con aparatos distintos a los anteriormente mencionados, según el mismo artículo, podrán realizarse salvo que el usuario haya manifestado su deseo de no recibirlas.^{xxvi} Finalmente, y con relación a esto último, hay que tener en cuenta que la Directiva sobre Comercio Electrónico establece la obligación por parte de aquellos que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas de consultar listas de exclusión voluntaria, esto es, listas de usuarios que han expresado su deseo de no recibir comunicaciones comerciales.

Como se puede observar, esta regulación no es tecnológicamente neutral, tal como pretende la Comisión Europea, lo que implica que el tratamiento legal sea distinto según la tecnología utilizada, sin que alcancemos a comprender el motivo. Así, las comunicaciones comerciales no solicitadas hechas por fax o a través de llamadas automáticas sólo pueden llevarse a cabo si se ha obtenido un consentimiento expreso del usuario. Las comunicaciones comerciales llevadas a cabo por medios distintos, como puede ser el correo electrónico, pueden llevarse a cabo salvo que el usuario haya manifestado su oposición expresa.

Además, los avances de la tecnología generan dudas acerca de su régimen legal. Por ejemplo, es incierto si el envío de mensajes electrónicos a telefonía móvil –considerados como una gran oportunidad para las empresas de marketing– debe regirse por una u otra regla. Mientras que algunos países han adoptado definiciones de llamadas automáticas sin intervención humana que permitirían la inclusión como tales de los mensajes publicitarios sobre los teléfonos WAP y tercera generación, en España, la duda subsiste.^{xxvii}

Para poner fin a esta incertidumbre, está en fase de aprobación de una modificación a la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997 sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. El proyecto de Directiva, que todavía se encuentra en fase de discusión, parece someter el envío de publicidad, sea cual sea el medio utilizado, al principio de previo consentimiento del consumidor.

En otras palabras, el envío de publicidad, sea por medio de correo electrónico enviado a un ordenador, o mensajes enviados a un teléfono WAP^{xxviii} o UMTS^{xxix}, requerirá el consentimiento previo del destinatario de los mismos, sin que sea suficiente la posibilidad de oponerse.

No obstante, los grupos de presión que representan los diferentes intereses en juego están en plena campaña para hacer valer sus puntos de vista. Por un lado, las empresas de marketing directo ponen de manifiesto que el desarrollo de Internet en Europa requieren que no se pongan trabas a la utilización de instrumentos de marketing como son los mensajes de correo electrónico, los cuales a la postre favorecen el comercio electrónico.

Por otro lado, las agencias de protección de datos, el Grupo 29 y aquellos preocupados por la intimidad personal desean poner límites a lo que se percibe como agresiones a la intimidad personal. La Comisión Europea se encuentra ante un conflicto de intereses: frente al desarrollo del comercio electrónico y la industria, la protección de la privacidad y los datos de carácter personal.

6.- Conclusiones

Sin perjuicio de adaptar el derecho de la propiedad intelectual a las especificidades de la sociedad de la información, el derecho de autor debe progresar en la construcción de un régimen legal que convierta en seguro y beneficioso para titulares y usuarios el comercio electrónico de los bienes inmateriales en el ámbito global, mediante la creación de bases legales a la utilización de recursos técnicos mucho más eficientes y compatibles.

Respecto a la protección de la privacidad en el nuevo entorno, resulta difícil la búsqueda de soluciones, no obstante me gustaría apuntar dos de ellas: El establecimiento de códigos de conducta, siguiendo los principios de autorregulación de origen estadounidense; y una mejor coordinación de mecanismos técnicos y legales, utilizadas complementariamente. Por ejemplo, mediante la configuración de medidas técnicas que sólo permitan su elusión mediante infracción de la legislación vigente, así como la imposición de acciones de carácter técnico contra aquellos que infrinjan la ley.

En resumen, esta presentación ha pretendido elaborar un trabajo que sirva para dar algunas respuestas respecto a la adaptación de la legislación a la llegada de Internet móvil, pero sin duda también plantea numerosas cuestiones acerca del futuro próximo de los contenidos y la privacidad.

ⁱ Me permito utilizar la cita de Ecclesiastes Capítulo 1 versículo 9, utilizada por Sutter, G., en *“Nothing New Under the Sun”: Old Fears and New Media*, International Journal of law and information technology, Vol. 8, N° 3, otoño 2000, pág. 338.

ⁱⁱ Seguramente uno de los aspectos más polémicos por la dificultad de ponerse de acuerdo de los diferentes Estados miembros respecto al régimen de excepciones.

ⁱⁱⁱ A modo de ejemplo, el artículo 270 del Código Penal establece la pena de prisión de 6 meses a 2 años e incluye en la categoría de los delitos contra la propiedad intelectual la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador.

^{iv} Para mayor información Pérez, J.M., *Aproximación a los aspectos legales de la propiedad intelectual en*

Internet, Revista de Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, nº 4 – abril 2001 en <http://www.safenetsolutions.com>

^v Ponencia de la industria fonográfica Argentina respecto de la contribución de los gobiernos de los países del ALCA para asegurar un ambiente propicio al comercio electrónico de “contenidos” digitales, VI Foro Empresarial de las Américas, 5 y 6 de abril de 2001, véase en <http://www.vi-fema-abf.org.ar>

^{vi} El artículo 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas tiene idéntico tenor.

^{vii} “1) *Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna: i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización. 2) A los fines del presente artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra...*”

^{viii} Art. 7 Directiva.

^{ix} La Constitución Española (CE), en su artículo 18, hace una formulación positiva de este derecho a la intimidad personal y familiar, y en su inciso 4 emplaza al legislador a “(...) limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el legítimo ejercicio de sus derechos”. Asimismo, en el artículo 10.2 de la CE se establece que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

^x La intimidad y el secreto de las comunicaciones “implican la existencia de un ámbito propio reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana”. TC 2ª S, 231/1988 de 2 de diciembre.

^{xi} Art. 12 de la Directiva 97/66/CE.

^{xii} Art. 12 de la Directiva 97/66/CE.

^{xiii} Art. 7 de la Directiva 2000/31/CE.

^{xiv} Art. 4 de la Directiva 95/46/CE.

^{xv} Artículo 12 de la Directiva 97/66/CE. Propuesta de Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la privacidad en el sector de las telecomunicaciones, artículo 13 relativo a las comunicaciones comerciales no solicitadas.

^{xvi} Grupo de Trabajo 29, *Privacidad en Internet: Enfoque comunitario integrado en la protección de datos en línea*, adaptado el 21 de noviembre de 2000, pág. 28.

^{xvii} *Ibidem* nº 14, pág. 29.

^{xviii} Especialmente los arts. 7 y 9 de 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 (BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982). La Ley 1/1982 adquiere mayor relevancia, cuando puede ser necesaria su aplicación ante una información de carácter personal que afecte a la vida privada de las personas físicas pero que, sin embargo, no pueda ser considerada como dato de carácter personal en el sentido de la LOPD. Este es el supuesto de la inclusión sin consentimiento del afectado de fotografías que no estén incorporadas a ficheros de carácter personal en bases temáticas o en publicaciones con una finalidad ilustrativa (por ejemplo, newsletter de la compañía, etc.)

^{xix} “1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados...3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.”

^{xx} El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, en noviembre de 2000, ha reconocido la procedencia del despido de un trabajador que había utilizado el correo electrónico de su empresa para enviar en un período de cinco semanas ciento cuarenta correos electrónicos de carácter privado, justificando la necesidad de llevar a cabo una revisión del correo electrónico por parte de la empresa respecto a los empleados “a efectos de precisar la incuestionable naturaleza de los mensajes judicialmente apreciados”. En el mismo sentido, STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, de 16 de octubre de 1998, núm. 721/1998; STSJ de Barcelona, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2000, núm. 3109/2000.

^{xxi} El principio del secreto de las comunicaciones es uno de los más firmemente asegurados por el ordenamiento en su conjunto, véase CE Art. 18.3. Ello es coherente con el principio de libertad de expresión propia de las sociedades democráticas. Este principio no se respeta cuando los mensajes pueden ser vistos e incluso modificados por terceros.

^{xxii} Véase el documento del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos, *Recomendación sobre determinados requisitos mínimos para la recogida en línea de datos personales en la Unión Europea*, aprobada el 17 de mayo de 2001, en http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/data_prot/wpdocs/index.htm

^{xxiii} Art. 3.a) LOPD.

^{xxiv} Art. 6 LOPD.

^{xxv} Para una aproximación crítica, Burns, C., Senador de los Estados Unidos de América del Norte: “Spamming” is truly the scourge of the Information Age. This problem has become so widespread that it has begun to burden our information infrastructure. Entire new networks have had to be constructed to deal with it, when resources would be far better spent on educational or commercial needs.

^{xxvi} Este artículo transpone en España el Art. 12 de la Directiva 97/66/CE. Debe notarse que esta misma regla está recogida en el artículo 10 de la Directiva sobre 97/7/CE, de 20 de Mayo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. En España, esta Directiva ha sido transpuesta parcialmente por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica con condiciones generales en desarrollo del Art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. De todas formas, dicho Reglamento acertadamente, no ha hecho referencia al *spamming*, en la medida en que éste ya está recogido en el Real Decreto 1736/1998, de 5 de mayo.

^{xxvii} Julià Barceló, R., *Cookies, perfiles, direcciones IP: cuestiones pendientes en la legislación sobre protección de datos*, Novática / Upgrade, nov. / dic. 2000, nº 148, pág. 23.

^{xxviii} *Wireless Application Protocol*.

^{xxix} *Universal Mobile Telecommunications System*.