

Tensión entre el Derecho a la Propiedad Intelectual y el Derecho a la intimidad de las personas: nuevas tecnologías de copyright (DRMS) y la Directiva 95/46/EC¹

Leonardo Cervera Navas²
Administrador
Unidad Protección de Datos
Dirección General Mercado Interior
Comisión Europea

INTRODUCCIÓN

En nombre de la Dirección General “Mercado Interior” de la Comisión Europea agradezco a la Oficina Española de Patentes y Marcas y al Ministerio de Ciencia y Tecnología su atención con la Comisión Europea a la hora de organizar estas interesantísimas Jornadas. Personalmente, me considero muy honrado de poder colaborar con mi país en este evento de la Presidencia Española, el cual pone de manifiesto el compromiso de las Administraciones Públicas Españolas con el progreso tecnológico.

En mi condición de administrador en la unidad de Protección de Datos de la Comisión Europea en Bruselas, estoy muy lejos de ser un especialista en propiedad intelectual. Por lo tanto, considero que mi misión en estas jornadas es muy modesta. Esto no obstante, como especialista en protección de datos intentaré presentarles la protección tecnológica de los derechos de propiedad intelectual desde una perspectiva diferente a la que seguramente están Ustedes acostumbrados que espero, al menos, les resulte interesante.

Desde el punto de vista de la protección de datos, las nuevas tecnologías para la protección del copyright presentan un carácter invasivo sobre la intimidad de las personas que, cuanto menos, provoca ciertas tensiones entre el derecho del titular del copyright a controlar la distribución de su obra y el derecho del consumidor a no ver perturbada su intimidad personal y familiar.

Se trata de un debate extremadamente interesante desde el punto de vista estratégico sobre el que, sin embargo, es todavía muy pronto para extraer conclusiones científicas. La transposición de la Directiva sobre armonización de ciertos aspectos del copyright llevará todavía algún tiempo³ y nadie está en condiciones de decir en este momento cuál será el desarrollo de las tecnologías de protección del copyright en los próximos años.

¹ Conferencia pronunciada el día 6 de Mayo de 2002 en el Seminario “*Protección y acceso a la innovación a través de la Red: Un entorno para el progreso tecnológico. Patentes, marcas y diseño*”, seminario organizado durante la Presidencia Española de la Unión Europea por la Oficina Española de Patentes y Marcas.

² Leonardo Cervera Navas trabaja en la Unidad de Protección de datos desde el año 1.999 y se ocupa en la actualidad de la redacción del primer informe de la Comisión Europea sobre la transposición de la Directiva de Protección de Datos en la Comunidad.

Leonardo.Cervera-Navas@cec.eu.int

Teléfono: 00322965859. Fax: 003222968010

³ El plazo de transposición de la Directiva 2001/29/EC finaliza el 31 de Diciembre del 2002. La transposición de la mayoría de las Directivas comunitarias en materia de Mercado Interior suele hacerse

Por lo tanto, les ruego que consideren mis reflexiones como un ejercicio mayoritariamente especulativo dirigido a los especialistas en materia de propiedad intelectual que serán los que tendrán que sacar sus propias conclusiones.

PRIVACY Y COPYRIGHT. ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS

La protección de datos (o la “privacy” en terminología internauta) es un derecho fundamental de los que se denominan de segunda generación, es decir un derecho conectado al desarrollo tecnológico y por tanto más propio de las sociedades industrializadas⁴. Quizás por esta razón se trata de un derecho bastante más moderno que el copyright al que los autores remontan a la Inglaterra del año 1558.

Los orígenes conceptuales de la protección de datos, entendida ésta como el derecho a la autodeterminación informativa, parecen remontarse al Boston del año 1.890 cuando Warren and Brandeis publicaron un artículo en el Harward Law Review titulado “The right to privacy”⁵. Este artículo elaboraba una reciente formulación jurisprudencial que hablaba del derecho a que le dejaran a uno tranquilo⁶.

Curiosamente, Warren and Brandeis argumentaron la pretendida existencia de un derecho a la privacidad sobre los mismos principios del Common Law que sustentan el derecho a la propiedad industrial e intelectual.⁷ Según la argumentación de su artículo, ambos derechos de propiedad intelectual y de la protección de datos serían emanaciones del mismo principio de derecho: el derecho “to be let alone”⁸.

Si bien este artículo del año 1890 es una reacción de estos abogados a la indiscriminada publicación de fotografías en los periódicos de la época y al desmedido cotilleo de las páginas de sociedad, las primeras normas sobre protección de datos que se promulgan en Europa constituyen más bien una reacción instintiva de los poderes públicos al peligro del totalitarismo tecnológico.

con cierto retraso por parte de los Estados Miembros. A modo de ejemplo, la Directiva sobre Protección de Datos, cuya plazo de transposición terminó el 28 de Octubre del año 1.998 aún no ha sido transpuesta por Francia, Irlanda y Luxemburgo, lo cual ha motivado los correspondientes procedimientos de infracción ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁴ En la actualidad, la mayor parte de la legislación sobre protección de datos se concentra en Europa. El enfoque estadounidense, al menos por el momento, es puramente sectorial (por ejemplo: protección de datos médicos, información financiera o datos relacionados con el alquiler de películas o del “pay-per-view”). La Comisión Europea ha considerado que Suiza, Hungría y Canadá proporcionan un nivel de protección adecuado a la intimidad de las personas. El sistema americano del Safe Harbor también ha recibido una declaración comunitaria de adecuación. Países como Argentina, Australia o Nueva Zelanda podrían recibir declaraciones de adecuación en un futuro no muy lejano.

⁵ http://www.lawrence.edu/fac/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html

⁶ “the right to be let alone”

⁷ “*Similar to the expansion of the right to life was the growth of the legal conception of property. From corporeal property arose the incorporeal rights issuing out of it; and then there opened the wide realm of intangible property, in the products and processes of the mind, as works of literature and art, goodwill, trade secrets, and trademarks. (...) Later, there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, -- the right to be let alone;*”

⁸ “*These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone.*”

El primero en advertir de este peligro es el británico George Orwell en su famosísima novela “1984”⁹. Como recordarán, el “Gran Hermano” se ayuda de la tecnología del “telescreen” (una televisión interactiva que se parece demasiado a nuestro Internet) para observarlo todo e imponer el más terrible de los totalitarismos: aquél que no sólo persigue que las personas hagan lo correcto sino que piensen lo correcto. En honor a la verdad, uno se pregunta hasta dónde podría haber llegado un régimen como el nazi si hubiera tenido acceso a las tecnologías que tenemos un día.¹⁰ En puridad, los regímenes soviéticos no tuvieron tiempo de aprovechar las potencialidades de la nueva era de las computadoras.

PRIVACY Y PROTECCIÓN DE DATOS

En resumen, podemos decir que el derecho a la protección de datos (versión europea) nace como un derecho típicamente liberal que protege al individuo de los poderes del Estado y así se recoge, por ejemplo, en el artículo 8 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, una carta típicamente de post-guerra mundial (año 1.950), cuando dice que “todo el mundo tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar, su casa y su correspondencia”.

No es hasta algunos años después, cuando el miedo al totalitarismo va desapareciendo paulatinamente de las sociedades europeas, que el derecho a la protección de datos adquiere la dimensión horizontal con la que todo el mundo lo identifica hoy en día. Según esta nueva concepción horizontal, al individuo no habría que protegerlo ya de las tendencias totalitarias de su gobierno (que también) sino de otros actores de la sociedad capitalista que han concentrado enormes poderes y amenazan la libertad de las personas: la compañía multinacional que acapara todas las ofertas de empleo, el conglomerado financiero o la Compañía de Seguros y Reaseguros.

Así pues, no es hasta la década de los años ochenta que el derecho a la protección de datos cobra su dimensión actual como derecho a la autodeterminación informativa, en otras palabras, el derecho a protegernos de las miradas indiscretas de los demás y a decidir qué esfera de nuestra vida personal y familiar queremos compartir con el resto de la sociedad.¹¹

⁹ Copyright del año 1.949.

¹⁰ Durante el año 2.001 la publicación de un libro que supuestamente relacionaba la Compañía estadounidense IBM con el régimen nazi ha puesto de manifiesto cómo la Gestapo hizo extensivo uso de una máquina tabuladora –precedente directo de la computadora- fabricada por una filial alemana de esta compañía norteamericana. Ver por ejemplo el siguiente artículo publicado en Internet:

<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,41753,00.html>

Gracias a esta máquina, el régimen nazi habría realizado búsquedas cruzadas de apellidos, familias y patrimonios durante la Segunda Guerra Mundial. Según dicho artículo, una de dichas máquinas se expone en el Museo Memorial del Holocausto de Washington.

¹¹ El primer texto internacional que presenta a la protección de datos con esta nueva dimensión horizontal data del año 1.981: la Convención 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas en relación al tratamiento automatizado de datos personales. Este convenio fomentará la aprobación de normas nacionales de protección de datos que la Directiva Europea 95/46/EC vendrá posteriormente a armonizar.

LA PROTECCION DE DATOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL INDIVIDUO

La protección de datos ha subido mucho en la consideración del legislador en los últimos tiempos y es ahora un derecho de rango constitucional en la mayor parte de los Estados Miembros de la Unión Europea¹², carácter constitucional que ha sido confirmado por el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales¹³.

Llegados a este punto, cabe legítimamente preguntarse: ¿qué es lo que hace a la protección de datos tan importante como para merecer rango constitucional?. En otras palabras, ¿cómo es posible que algo que empezó como un concepto tan vago como el que “lo dejen a uno tranquilo” ocupe ahora tres párrafos completos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, codo a codo con el derecho a la libertad de expresión o el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia?¹⁴.

No creo que la respuesta a esta pregunta precise de largas disquisiciones legales. No hay verdadera libertad sin intimidad, porque el ser humano sólo es verdaderamente libre cuando se siente libre de la mirada de los demás. El voto en democracia es secreto porque el voto en público nunca es verdaderamente libre. ¿Cuántos de nosotros nos atreveríamos a levantar la mano en una asamblea y oponernos a una huelga?. Nadie actúa nunca libremente cuando se sabe objeto de las miradas ajenas.

Pues bien, ¿qué ha ocurrido para que dos derechos que los padres de la privacidad consideraron hermanos, se vean ahora enfrentados?. En verdad, hasta hace muy poco, estos dos derechos de la personalidad -copyright y privacy- vivían vidas completamente paralelas. En el mundo analógico, el titular del copyright y el comprador final eran como dos seres extraños que raramente interactuaban entre sí. La digitalización de la información, el denominado “dilema digital”, va sin embargo a cambiarlo todo.

COPYRIGHT Y PROTECCION DE DATOS EN EL "MUNDO ANALÓGICO"

Las primeras fricciones entre el derecho a la propiedad intelectual y el derecho a la protección de datos se producen ya en el mundo analógico. Es curioso que la primera vez que ambos derechos se enfrentan en el campo de batalla, el derecho a la protección de datos saliera derrotado. Ocurrió esto en el año 1955 en la Corte Suprema Alemana cuando el Tribunal se enfrentó con la evidencia de que las películas de video se estaban copiando privadamente sin pagar derechos. Los titulares del copyright hicieron valer su derecho a controlar la distribución y el Tribunal Supremo Alemán no dejó lugar a dudas en su sentencia: el titular del copyright tenía derecho a prohibir que se hicieran copias privadas de la películas.¹⁵

¹² La Constitución española es uno de los textos más modernos a este respecto, a pesar de haber sido aprobada en el año 1.978, cuando en el párrafo cuarto del artículo 18 dice: “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*”

¹³ Aprobada en Niza el 7 de Diciembre del año 2000:

http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/en/charter-freedoms.html

Obsérvese que por primera vez el derecho a la protección de datos se configura como un derecho con identidad separada al derecho a la vida privada y familiar, el cual viene recogido en el artículo 7 de la Carta bajo el epígrafe: “*respeto de la vida privada y familiar*”.

¹⁴ Todos estos derechos aparecen recogidos en el Capítulo II de la Carta “*Libertades*”

¹⁵ *Grundig Reporter*, Corte Suprema Alemana, 18 de Mayo 1995, (1995) GRUR 492.

Lógicamente, cuando se reconoce un derecho, por pequeño que éste fuere en términos de rentabilidad económica (como era éste el caso) siempre hay alguien que intenta sacar provecho del mismo. Así, la sociedad de autores alemana comenzó a exigir a las tiendas la identificación de los compradores de los grabadores de video argumentando que dicha identificación constituía el único medio posible de verificar si estos últimos habían adquirido la correspondiente licencia para realizar copias de video privadas¹⁶.

Cuando el Tribunal se vio enfrentado a esta nueva evidencia, dio marcha atrás en sus planteamientos iniciales y manifestó en una sentencia histórica del año 1.964, que aún reconociendo la existencia del derecho del titular del copyright a controlar la distribución de su obra, el derecho a la intimidad de los compradores debía prevalecer, de tal modo que la sociedad de autores tuvo que renunciar a su pretensión de tener a los compradores de grabadores de video identificados por el vendedor.¹⁷

En realidad, la esfera privada ha estado tradicionalmente excluida del copyright¹⁸ más que por los escrúpulos del legislador o la Industria hacia la intimidad de las personas, por el hecho de que la copia privada o la distribución en el ámbito doméstico, si bien conceptualmente perversa, no se percibía como un riesgo tangible para el titular del copyright y, en cualquier caso, se trataba de un derecho casi imposible de ejecutar.

Lo verdaderamente novedoso de esta jurisprudencia alemana del año 1.964, que fue confirmada posteriormente en el año 1.983 en un caso similar referido a los establecimientos que alquilan fotocopias al público¹⁹, fue que cuando alguien intentó argumentar que podría existir una violación del copyright en la esfera privada, el Tribunal Supremo alemán dijo que un derecho fundamental como la protección de datos prevalecía sobre otro de carácter mercantil como es el derecho a controlar la distribución de una obra. La solución al problema fue el sistema de remuneración equitativa que desde entonces ha hecho fortuna en muchos países y que es objeto de cierto debate en la actualidad.

EL "DILEMA DIGITAL" Y LA DIRECTIVA 2001/29/EC

Pues bien, el dilema digital ha irrumpido con toda violencia en los últimos años y fenómenos nuevos como la “napsterización” han movilizado a la Industria hacia una política de copyright mucho más agresiva hacia la esfera privada. El legislador comunitario parece haberse hecho eco de esta agresividad en la reciente Directiva 2001/29/EC sobre la armonización de determinados derechos de copyright y derechos relacionados en la sociedad de la información²⁰. Nuevamente copyright y derecho a la intimidad parecen enfrentarse con un resultado incierto.

¹⁶ Recordarán que en sus comienzos el reproductor y el grabador de video eran dos artículos que se vendían normalmente por separado.

¹⁷ *Personalausweise*, Corte Suprema Alemana, 25 Mayo 1964, (1965) GRUR 104.

¹⁸ Léase, por ejemplo, los artículos 6 y 8 del Tratado Copyright del año 1.996 cuando se habla del derecho a hacer un trabajo disponible “para el público”.

¹⁹ *Kopierläden*, Corte Suprema Alemana, 9 Junio 1983, (1984) GRUR 54.

²⁰ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, 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

Diario Oficial n° L 167 de 22/06/2001 p. 0010– 0019

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=32001L0029&model=guichett

La Directiva 2001/29 es hasta cierto punto la respuesta del legislador comunitario a la propuesta de “la respuesta a la máquina está en la máquina”, una expresión que ha hecho gran fortuna y que resume una apuesta por la protección tecnológica del copyright.

Si hemos de estar a lo dispuesto en el Artículo 5, párrafo segundo, letra b) de la Directiva, ésta no toma definitivamente partido por la solución tecnológica y devuelve el asunto a los Estados Miembros:

“en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6”

En cualquier caso, la Directiva en su Artículo 6 otorga protección legal a la tecnología al servicio de la protección de los derechos de propiedad intelectual en un doble sentido: queda prohibido eludir a sabiendas dicha tecnología (a todos los niveles, incluido el nivel de usuario final) y queda prohibido comercializar productos encaminados a eludir dicha protección tecnológica²¹.

Este respaldo legal se completa con la inclusión de un nuevo concepto en materia de propiedad intelectual: la denominada “información para la gestión de derechos” (*rights-management information*), información que queda igualmente protegida por la ley.

Se entiende por "información para la gestión de derechos":

*“toda información facilitada por los titulares de los derechos que identifique la obra o prestación protegida contemplada en la presente Directiva”.*²²

²¹ “Artículo 6

Obligaciones relativas a medidas tecnológicas

1. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo”

²² “Artículo 7

Obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos

1. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a todas aquellas personas que a sabiendas lleven a cabo sin autorización cualquiera de los siguientes actos:

a) supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos,
b) distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva o en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos,
sabiendo, o teniendo motivos razonables para saber que al hacerlo inducen, permiten, facilitan o encubren una violación de los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor establecidos por una norma jurídica, o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE.”

Pues bien, descrito ya someramente el nuevo marco estatutario, veamos cuáles son las implicaciones concretas de los artículos de la Directiva 2001/29/EC sobre el derecho a la protección de datos.

EL CONCEPTO DE "MEDIDAS TECNOLÓGICAS" (ARTICLE 6)

La primera cuestión a dilucidar es si el concepto de “medidas tecnológicas” del Artículo 6 de la Directiva incluye aquellos mecanismos que controlan el uso del producto bajo copyright. La respuesta a esta cuestión es fundamental desde la perspectiva de la protección de la privacidad ya que si dichos mecanismos de control se consideraran cubiertos, su desactivación por parte del usuario constituiría una clara violación de la ley, planteándose el problema que la desactivación de estos mecanismos podría estar plenamente justificada en aplicación de las normas sobre protección de datos personales.

La definición de medidas tecnológicas recogida en la Directiva es muy amplia:

“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 de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE”

Si bien el texto de la Directiva permite tanto una respuesta negativa²³ como afirmativa a este interrogante, personalmente me inclino por pensar que si bien la medida tecnológica más “normal” en la que parece estar pensando el legislador sería aquella que bloquea el acceso al producto protegido, habida cuenta de lo genérico de la definición que habla de “*toda técnica, dispositivo o componente*”, entiendo que el concepto de “medida tecnológica” parece susceptible de englobar también mecanismos que controlan el uso del producto.

Si esto fuera así, es decir, si las medidas tecnológicas de la Directiva comprendieran el control del uso del producto bajo copyright, está claro que los consumidores sólo estarían obligados a pasar por aquellas medidas de control del uso que fueran plenamente respetuosas con el derecho a la intimidad. Veremos más adelante si esto es posible o no.

LOS SISTEMAS DE INFORMACION PARA LA GESTION DE DERECHOS (ARTICULO 7)

La segunda cuestión a responder, también de cierta complejidad técnica, es hasta qué punto el procesamiento de datos personales forma parte de la gestión electrónica de derechos.

En la medida que la Directiva prohíbe toda “*supresión o alteración de información para la gestión electrónica de derechos*”, si el tratamiento de datos personales se considera parte integrante de la gestión electrónica de derechos, nuevamente podríamos encontrarnos en una situación de conflicto con las leyes de protección de datos, en

²³ Hay quien mantiene que el término “funcionamiento normal” excluiría aquellos dispositivos que no están directamente relacionados con la protección del copyright.

particular en aquellos casos en los que el tratamiento de los datos personales no se está realizando con pleno respeto a la ley.

Nuevamente, y reconociendo que la situación no resulta clara en absoluto, la Directiva en su considerando número 57 parece indicar que aunque el tratamiento de los datos personales de los usuarios no tiene por qué, necesariamente, ser parte de la gestión electrónica de derechos, en algunos casos y “*en función de su diseño*” el tratamiento “*simultáneo*” de datos personales podría ser parte de la gestión electrónica de derechos.²⁴ Este considerando número 57 añade que, si éste fuera el caso, las funciones técnicas del sistema deberían respetar la intimidad de las personas tal y como está estipulado en la Directiva 95/46/EC.

CONCLUSIONES PRELIMINARES

La conclusión que personalmente obtengo de estos dos preceptos comentados es la siguiente:

- a) Que la existencia de una formulación tan ambigua seguramente responde a la necesidad de encontrar un difícil consenso en un asunto particularmente peliagudo,
- b) Que interpretaciones legales aparte y en puridad, una tecnología protectora del Copyright puede no necesitar del tratamiento de datos personales, pero es difícil imaginar una verdadera y sofisticada gestión electrónica de derechos sin la identificación del usuario en alguna parte del proceso, lo cual siempre conlleva un tratamiento de datos personales.

Hasta qué punto esta digitalización del copyright plantea serios problemas para la intimidad de las personas o, desde la otra perspectiva, hasta qué punto el derecho a la protección de datos se constituye en un obstáculo para el desarrollo de sistemas de gestión electrónica de derechos, es algo sobre lo que en este momento sólo podemos especular.

En primer lugar, el desarrollo de estos sistemas va a depender en gran medida de la opción que tomen los Estados miembros a la hora de transponer la Directiva. Está claro que si el sistema de remuneración equitativa acaba por imponerse, el recurso a la gestión electrónica de derechos no conocerá un gran desarrollo y es improbable que copyright y privacidad se enfrenten seriamente más allá de algún encontronazo aislado en el que el derecho a la privacidad, seguramente, tendrá todas las de ganar.

Por el contrario, si los Estados miembros y la Industria se ponen de acuerdo en ensayar seriamente esta ruta de “la máquina contra la máquina”, qué duda cabe que la protección de datos se va a convertir en un capítulo ineludible de cualquier tratado sobre

²⁴ “*En función de su diseño, los sistemas de información para la gestión de derechos mencionados pueden, simultáneamente, procesar los datos personales sobre hábitos de consumo de las prestaciones protegidas por parte de personas individuales y permitir el seguimiento de los comportamientos en línea. Dichas medidas técnicas deben incluir, en sus funciones técnicas, garantías de respeto de la intimidad de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE...*”

propiedad intelectual y qué duda cabe que la Directiva 2001/29/EC da cierto respaldo legal a una política invasiva hacia la esfera privada del usuario.

LA APLICACION CONJUNTA DE LAS DIRECTIVAS 2001/29/EC Y 95/46/EC

Lógicamente, en el corto espacio de tiempo de esta conferencia no puedo entrar en detalles sobre cómo llevar a cabo una gestión electrónica de derechos respetuosa con la Directiva de protección de datos y sus normas nacionales de transposición. El tema es de una complejidad técnica importante que sobrepasa con mucho las pretensiones de una conferencia de estas características.

Baste con decir en este momento, que la Directiva 95/46/EC²⁵ establece un marco legal extremadamente flexible el cual, contrariamente a lo que pudiera parecer en una primera lectura y/o a pesar de lo que algunos críticos se empeñen en manifestar²⁶, permite un tratamiento razonable de los datos personales como pueda ser el caso de la protección responsable del copyright en escenarios on-line.

Resumiendo mucho los principios de la Directiva sobre protección de datos y poniéndolos a un nivel de comprensión para juristas no especializados en privacidad, podemos decir que el tratamiento de datos personales conforme a derecho se presume siempre posible con el consentimiento del usuario²⁷. Esto no obstante, el tratamiento de datos personales es también posible sobre la base de otros criterios²⁸. Así, por ejemplo, también es posible tratar los datos personales sin necesidad consentimiento del interesado cuando el tratamiento de los datos personales sea necesario para la preparación o realización de un contrato²⁹ o, con carácter más general, *“cuando el tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.”*³⁰

Por tanto, me interesa mucho manifestar en este punto que si el tratamiento de los datos personales se considerase un elemento necesario de los sistemas de información para la

²⁵ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 p. 0031 – 0050

http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=31995L0046&model=guichett

²⁶ La Industria Estadounidense se ha mostrado tradicionalmente particularmente crítica con la Directiva de Protección de Datos a la que achacan ciertos efectos de extraterritorialidad derivados de su prohibición de transferencias a terceros países que no garantizan un nivel de protección adecuado para la intimidad de las personas.

²⁷ Véase Artículo 7 a) de la Directiva 95/46/EC

²⁸ De hecho, muchos autores coinciden en destacar que el consentimiento (que debe ser completamente libre e informado) no es el mejor medio para legitimar un tratamiento de datos personales. En muchos casos es difícil apreciar un consentimiento verdaderamente libre (por ejemplo, en supuestos de relaciones de dependencia) o verdaderamente informado (por ejemplo, en escenarios on-line donde resulta muy difícil detallar verdaderamente la información al usuario).

²⁹ Véase Artículo 7 b) del mismo texto legal

³⁰ Véase Artículo 7 f) del mismo texto legal

gestión de derechos, la Directiva de Protección de Datos no parece plantear problemas insalvables para la recogida y tratamiento de datos personales en dicho contexto. Eso sí, en lo que la Directiva no ofrece flexibilidad ninguna es en el hecho de que el tratamiento de datos personales debe someterse a unas reglas específicas, de cuya infracción pueden derivarse importantes responsabilidades para el titular del copyright o el que en su nombre gestione digitalmente los derechos de propiedad intelectual.

No puede haber ninguna duda de que el usuario del producto bajo copyright tiene que saber en todo momento cuándo se están procesando sus datos personales, por quién y con qué propósito. De igual manera, no puede haber ninguna duda de que si el usuario considera que el tratamiento de datos personales realizado por el sistema de información para la gestión de derecho es lesivo para sus derechos, podrá legítimamente objetar y recabar el amparo, si fuere preciso, de las autoridades nacionales de protección de datos o de los tribunales.

EL "TRATAMIENTO INVISIBLE" DE LOS DATOS PERSONALES Y LAS TECNOLOGIAS PROTECTORAS DE LA PRIVACIDAD (PETS)

Por citar tan sólo un ejemplo, la Directiva de protección de datos nunca permitiría que se instalasen mecanismos digitales que informen clandestinamente al titular del copyright sobre la identidad del usuario o sobre los usos del producto.

El Grupo de Trabajo del Artículo 29 de la Directiva de Protección de datos³¹ (reunión de comisarios de protección de datos de la Unión Europea) ha mostrado en varias ocasiones su preocupación por el fenómeno del tratamiento invisible de la información en Internet, un fenómeno en el que el uso de los famosos "cookies" constituye tan sólo la punta de iceberg de un problema mucho más serio.

Particular mención merece el documento de trabajo de este Grupo: *"Privacidad en Internet: enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea"*, un extenso documento de recomendada e interesantísima lectura donde las autoridades nacionales de control, dan adecuada respuesta legal a muchos de los retos tecnológicos con los que se enfrenta la protección de datos en nuestros días.

Debo decir con toda claridad que si éste fuera el sistema de información para la gestión de derechos en que está pensando la Industria del copyright, mejor sería que se fueran olvidando de este asunto. Estoy seguro que ese tipo de actuaciones van a ser duramente sancionadas por las autoridades nacionales de protección de datos e incluso por la propia opinión pública que va a castigar severamente a las empresas que realicen este tipo de prácticas invasoras de la intimidad.

Si, por el contrario, se quiere hacer un uso humano de la tecnología, donde la tecnología se pone al servicio del hombre y no al revés, donde el tratamiento de los datos personales se ajusta al principio de proporcionalidad y se reconoce que cualquier tratamiento de datos personales debe ser siempre justo con los ciudadanos, en este caso, estoy firmemente convencido que el derecho a la protección de datos se pone totalmente del lado de la Industria y se convierte en su mejor aliado porque permite a la Industria poner coto a ciertos abusos e incrementará la confianza de los consumidores en el

³¹ Todos los documentos aprobados por este Grupo de Trabajo están disponibles en la siguiente dirección: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/index.htm

sistema, con lo cual todos se podrán beneficiar de los avances tecnológicos directamente.

En la medida de lo posible, cualquier sistema de gestión electrónica de derechos tiene que primar la transacción anónima sobre la personal. Para alcanzar este objetivo, nuevamente, la respuesta a la máquina puede estar en la propia máquina y también existe tecnología que ayuda a que el tratamiento de los datos personales se realiza de forma lo más anónima y segura posible.

En este sentido, todos los autores son unánimes al afirmar que un desarrollo importante de los Digital Right Management Systems pasa por un desarrollo paralelo de las denominada Privacy Enhancing Technologies.³² Téngase esto muy en cuenta cuando se decida sobre las inversiones a realizar en este campo porque el considerando número 57 de la Directiva de copyright es explícito sobre este particular. Existen ya algunas experiencias que tratan de combinar ambas tecnologías y que algunos han bautizado ya incluso como “Privacy Rights Management for Digital Rights Management”.³³

OTROS ASUNTOS PARA INVESTIGACION POSTERIOR.

Desde luego, además de descender al detalle de la aplicación los distintos artículos de la Directiva de Protección de datos, hay otras muchas cuestiones interesantes a las que me hubiera gustado referirme tales como el tratamiento que ofrece la legislación estadounidense a estas mismas cuestiones³⁴ o las posibilidades que existen para la implantación de sistemas globales de información para la gestión de derechos. Cualquier sistema global (universal) tiene que hacer frente a muy distintos niveles de protección de datos en distintas zonas geográficas del planeta y esto constituye hasta cierto punto un problema adicional.

Baste con decir a este respecto que la Comisión Europea, a iniciativa de la Dirección General del Mercado Interior y la Unidad de Protección de Datos, ha aprobado en los dos últimos años varias decisiones en materia de transferencia internacional de datos personales que facilitan considerablemente esta tarea, particularmente a través de Internet.³⁵

³² Téngase esto muy en cuenta cuando se decida sobre las inversiones a realizar en este campo porque el considerando número 57 de la Directiva de copyright es explícito sobre este particular: *"En función de su diseño, los sistemas de información para la gestión de derechos mencionados pueden, simultáneamente, procesar los datos personales sobre hábitos de consumo de las prestaciones protegidas por parte de personas individuales y permitir el seguimiento de los comportamientos en línea. Dichas medidas técnicas deben incluir, en sus funciones técnicas, garantías de respeto de la intimidad de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos"* (subrayado añadido)

³³ Este es el título provisional de un innovador artículo que en breve será publicado por Steve Kenny, de la Autoridad de Protección de Datos holandesa, Larry Korba, del Consejo Nacional de Investigación de Canadá y Hari Reddy, de la empresa Contentguard (U.S.A.).

³⁴ La mayoría de los autores coinciden en considerar que en algunos aspectos la *US Digital Millenium Copyright Act* parece ofrecer mayor protección a la privacidad que su equivalente europea, lo cual no deja de ser sorprendente.

³⁵ Vease por ejemplo las Decisiones 2001/497/EC o 2002/16 en materia de cláusulas contractuales para la transferencia internacional de datos a terceros países que no garanticen un nivel de protección adecuado, ola famosa decisión 2000/520/EC que recoge el famoso acuerdo “Safe Harbor” con el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América.

Pero quizás la mejor forma de terminar esta conferencia sea recordando un interesante párrafo de ese famoso artículo del año 1.890 “the right to privacy” que comentábamos al principio de esta disertación:

“la Industria moderna y la invención, a través de las invasiones de la privacidad, han sometido al individual a un nivel de sufrimiento mental mucho mayor que el que pueda ser infligido por mera lesión corporal. El daño provocado por estas invasiones de la privacidad no se limita únicamente a aquellos que están sometidos al periodismo u otra empresa. En esto, como en cualquier otra rama del comercio, la oferta crea la demanda”³⁶.

Madrid, 6 de Mayo del 2002

Para más información sobre Protección de Datos en la Unión Europea, puede acceder a la siguiente dirección:

http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/index.htm

o enviar un correo electrónico al siguiente buzón electrónico:

MARKT-A4@cec.eu.int

Estaremos encantados de ayudarle.

³⁶ “modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury. Nor is the harm wrought by such invasions confined to the suffering of those who may be the subjects of journalistic or other enterprise. In this, as in other branches of commerce, the supply creates the demand”.