

LA PERSONALIDAD VIRTUAL DEL USUARIO DE INTERNET
*Tratamiento de la información personal recogida mediante cookies y tecnología
análoga*

Susana NAVAS NAVARRO
Universidad Autónoma de Barcelona

Cualquier actividad o consulta, que llevemos a cabo en internet, deja una huella o marca que permite nuestra identificación resultando casi inevitable que otros puedan acceder a esa información con un propósito (legítimo o ilegítimo) concreto. Esa huella personal permite la creación de perfiles online de los usuarios de internet, ya sea sobre la base de los datos que ellos mismos han suministrado acerca de sus gustos, preferencias, hábitos, información personal al consultar un sitio web (v. gr. Google, Amazon) o ya sea mediante su participación en una red social (v. gr. Facebook). Estos perfiles son creados normalmente, mediante un algoritmo, por terceros, a partir de la información recabada, tras la consulta de diferentes sitios web por los usuarios. La tecnología que recoge la información personal son, en la actualidad, las conocidas cookies; aunque existen otras como el HTML5, la web baliza, los ETags o el almacenamiento DOM, entre otros.

Los perfiles así creados permiten a los prestadores de servicios de la sociedad de la información enviar, a los usuarios, publicidad específica dirigida a ellos, la denominada “publicidad online comportamental”. El usuario de internet, siendo titular de su información personal, pierde prácticamente el control sobre ella ya que quien lo ostenta y, por tanto, tiene el poder económico sobre la misma, son terceros ajenos al usuario de internet (v. gr. editores de sitios web, anunciantes, redes de proveedores de publicidad, etc...). Además, el control sobre esta información es asimétrico provocado por los propios titulares de cookies o tecnología similar. Para reducir esta asimetría, los usuarios de internet deben incurrir en costes: los costes de autoinformarse leyendo las diferentes políticas de privacidad de los sitios web que visiten (y pueden ser varios a lo largo de un día), los costes de conocer cómo funciona su navegador o navegadores si emplea varios, los costes de acceder a la configuración de su cuenta de usuario (y puede poseer varias) y, los costes de decidir si desactiva determinadas cookies o no, si establece preferencias de publicidad o no, etc... Por otro lado, no debe olvidarse el hecho de que la información suministrada en las políticas de privacidad no siempre es sencilla, inteligible, precisa, antes bien, se emplean términos ambiguos, se hacen remisiones entre diferentes políticas como, por ejemplo, de la política de privacidad a la

política de cookies o viceversa, se fragmenta deliberadamente la información para evitar que el usuario tenga conocimiento cabal de sus derechos y obligaciones así como de los derechos y obligaciones del titular del sitio web. Desde el punto de vista jurídico, una forma de intentar frenar esta asimetría, en cuanto al control de la información personal del usuario de internet, es la apuesta de la Unión Europea y del Grupo de Trabajo del art. 29 por un modo de exteriorización del consentimiento “opt-in” frente al modo de exteriorización, empleado en USA, conocido como “opt-out”. Sin embargo, los diferentes sitios web, en sus filiales europeas, siguen empleando este segundo sistema en detrimento del primero. Al final quién toma las decisiones acerca del mejor uso a dar a la información personal no es su titular sino un tercero, el cual, puede llegar a obtener ingentes beneficios negociando con la información personal de los usuarios, a cambio de un precio, en un “mercado secundario”, si bien debería ser el titular de esa información quién decidiera libremente el uso más conveniente a dar a la misma, esto es, qué datos personales concretos permite que usen terceros de forma gratuita o a cambio de una contraprestación.

Esto implica un cambio en la configuración de la información personal. Se trata de un recurso más que se puede llegar a tener una explotación económica relevante. Jurídicamente la información personal debería considerarse un “bien intangible” sobre el cual el usuario, titular de la misma, tiene poder de disposición. Esta idea no es desconocida en el Derecho. En efecto, el legislador ha convertido el “tiempo” en objeto de derechos mediante la noción de “turno”, permite que el esfuerzo humano o económico se constituya en objeto de un derecho sui generis del fabricante de una base de datos, se pueden celebrar negocios jurídicos donde la moneda que se intercambia es una “moneda virtual”, se pueden conceder licencias que tienen por objeto el “goodwill” o el “know-how”. Se protege el “secreto industrial” y se permite la cesión del uso comercial de la imagen, la voz o el nombre de una persona física, todos ellos “bienes intangibles”. Por consiguiente, no debería existir ningún obstáculo doctrinal, ni legal, para admitir que la información personal se “cosifique” y su titular ceda el uso de la misma a terceros, incluso, a cambio de una contraprestación.

El carácter de “indisponibilidad” de la información personal que se postula desde la teoría clásica sobre los “bienes de la personalidad”, esfera a la cual pertenecería dicha información, y que podría representar un obstáculo a la “cosificación” de la información personal, podría salvarse distinguiendo entre la titularidad de la información personal, de la cual no se desprendería nunca el individuo, y las facultades que la integran. Así, cabría desgajar de la titularidad determinadas facultades, en particular, la facultad de uso para cederla a terceros, manteniendo siempre la titularidad *in testa* del usuario de

internet, mediante la celebración de contratos y ya tengan éstos por único objeto la cesión de ese uso o la información forme parte del objeto del contrato. Así, lo que no resuelve el legislador vía norma jurídica, lo pueden resolver los particulares acudiendo al Derecho de contratos.

La “cosificación” de la información personal, cuya explotación comercial puede ser llevada a cabo por su titular, implica ciertamente costes de transacción importantes. En efecto, éste deberá negociar, con cada titular de un sitio web que visite, la instalación de cookies, el tratamiento de su información y la explotación económica de ésta. Diferentes soluciones cabe apuntar: primera, aunque no por ello la más preferible, que la negociación se lleve a cabo por unos intermediarios que representarían a los usuarios frente a los titulares de los sitios web; segunda, emplear “agentes electrónicos” que serían quienes negociaran con aquéllos; tercera, se desarrollaran navegadores en cuya configuración se establecieran los parámetros de la transacción, a partir de las preferencias del usuario de internet, que tendría lugar de forma automatizada tan sólo con aquellos sitios web que se correspondan con los mismos; en este caso, el negocio de cesión se celebraría por medios electrónicos y de forma automática. Es el propio ciberespacio el que puede ofrecer la solución a los problemas legales que la tecnología plantea. Se ha hablado, a estos efectos, de “*lex informatica*” o “*lex electronica*”.

Se podría plantear que el usuario de internet ya cuenta con la posibilidad de reclamar la responsabilidad civil correspondiente del titular de la cookie (arts. 1902-1903-1910 CC), el cual es, a su vez, responsable del tratamiento de datos, por información deficiente o por no recabar el oportuno consentimiento. Sin embargo, acudir a esta vía no está exenta de dificultades para el usuario titular de la información personal en relación con diversos aspectos, tales como, la carga de la prueba, los costes que debe asumir para informarse acerca de los que intervienen en la cadena de intermediarios que hacen uso de su información personal y a los que debería demandar o el criterio de la culpa en el que se basa la responsabilidad. La solución, en definitiva, que pudiera brindar la responsabilidad civil no es todo lo eficiente que cabría esperar en la actual sociedad de la información.

De no admitirse la “cosificación” de la información personal, a los efectos de constituirse en objeto de derechos y de contratos, siempre se podría plantear que el usuario se viera compensado por la pérdida de control sobre el uso de su información personal otorgándole legalmente un derecho a participar en los beneficios económicos que el titular de la cookie y responsable del tratamiento obtuviera, por la explotación su información personal, de forma similar al que conoció el Derecho de autor, con el



derogado art. 24 LPI. También se podría pensar en un derecho de participación por el tratamiento de sus datos similar al antiguo sistema de compensación por copia privada que recogía el art. 25 LPI. Es más, incluso es pensable la creación de una plataforma digital que permitiera la gestión/cesión de uso, para el usuario de internet, de su información personal de forma análoga a la plataforma digital para la gestión de derechos de autor. En definitiva, el Derecho de autor puede servir de fuente inspiradora para buscar soluciones legales al manejo y control de la información personal por su titular.