

**Enrique Caveró Safra\***

## **Privacidad de datos personales y propiedad intelectual**

Una perspectiva conceptual, desde el análisis económico del derecho

### **Introducción**

La importancia que tiene la propiedad intelectual en la “era de la información” que vivimos es enorme, dado que los bienes intelectuales no son otra cosa que información. Internet, las redes sociales, la conectividad móvil, son algunas expresiones de los grandes cambios tecnológicos que han modificado nuestra forma de ver el mundo e interactuar con él, y que han puesto a los bienes intelectuales en el foco del interés económico, social y político. Según algunos cálculos, es probable que el valor de la propiedad intelectual sobre ciertos bienes, como software, música, patentes, películas, bases de datos y marcas, sea mayor hoy en día que el de la propiedad de bienes físicos como inmuebles y maquinaria<sup>1</sup> y podría representar hasta los dos tercios del valor de las grandes compañías industriales.<sup>2</sup>

Una parte importante de esa información está constituida por bases de datos personales, los cuales han ido adquiriendo valor comercial e importancia cada vez mayores. Prácticamente cualquier actividad de la vida cotidiana hoy en día involucra la recolección de datos personales. Son datos personales el nombre, los apellidos, la fecha de nacimiento, la dirección postal o la dirección de correo electrónico, el número de teléfono, el número de identificación fiscal, el número de matrícula del auto, la dirección IP, la huella digital, el ADN, una fotografía, el número de seguridad social y cualquier otro que identifica a una persona o se relaciona con ella de manera identificable. Una persona facilita sus datos personales cuando abre una cuenta en el banco, cuando se matricula en un curso de idiomas o en el gimnasio, cuando se inscribe para participar en un concurso, cuando reserva un vuelo o un hotel, cuando pide una cita médica, cuando busca trabajo, cada vez que hace un pago con su tarjeta de crédito, cuando navega por Internet, etcétera. Son múltiples los rastros de datos que se dejan en todas estas gestiones. Sin embargo, es frecuente que las personas no sean conscientes de que sus datos están siendo almacenados y pueden ser utilizados para diversos fines, incluyendo su comercialización.

La tecnología disponible actualmente hace sumamente fácil y relativamente barato recolectar y sistematizar enormes cantidades de información diversa, identificable con individuos particulares, lo cual, a su vez, hace posible su utilización para una multiplicidad de usos, tanto comerciales como de otro tipo. Los avances en el registro computarizado de información de consumidores, así como la reducción de los costos de su recolección, almacenamiento, procesamiento, recombinación o manipulación en conjunción con otras bases de datos, han revolucionado el marketing directo y han creado toda una nueva industria de comercialización de perfiles de consumidores sustentada en la recolección de datos personales.<sup>3</sup>

---

\*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual. Socio de Hernández & Cia. Abogados (Lima)

<sup>1</sup> Salzberger, Eli M., “The Law and Economics Analysis of Intellectual Property: Paradigmatic Shift from Incentives to Traditional Property” (February 1, 2010). <http://ssrn.com/abstract=1574994>

<sup>2</sup> MENELL, Peter S. and SCOTCHMER, Suzanne, “Intellectual Property Handbook of Law & Economics”, UC Berkeley, Public Law Research Paper No. 741724. p. 1, en: <http://ssrn.com/abstract=741424>

<sup>3</sup> HUANG, Peter H., The Law and Economics of Consumer Privacy Versus Data Mining (Mayo 1998): <http://ssrn.com/abstract=94041>

De otro lado, está el interés de los individuos contra la utilización indebida de su información personal (que puede ir desde el robo de identidad hasta las intrusiones no deseadas) reflejado en el "derecho a la protección de los datos personales". Pero, ¿es éste derecho, derivado de los derechos a la privacidad y la intimidad pero con un ámbito de influencia hoy en día incluso más amplio, una forma de propiedad intelectual?

Desde un punto de vista más conceptual que normativo, el presente trabajo pretende ofrecer una aproximación a ésta interrogante, a través de la revisión, por un lado, del sistema regulatorio adoptado por las principales legislaciones latinoamericanas sobre la materia –de influencia fundamentalmente europea– y, por el otro, de algunas alternativas estudiadas por la doctrina comparada, a la luz de los intereses económicos y sociales involucrados.

### **Origen y desarrollo del derecho**

El derecho a la protección de datos personales se origina como una derivación de los derechos a la intimidad y la privacidad, los cuales, a su vez, derivan de una serie de intereses que, de manera amplia, fueran resumidos a finales del siglo XIX por Brandeis y Warren como el "derecho a ser dejado en paz".<sup>4</sup>

Bidart Campos diferencia los conceptos de intimidad y de privacidad, definiendo a la intimidad como: "*la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de tercero*", y a la privacidad como "*la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (...) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos.*"<sup>5</sup> Por su parte, Jiménez manifiesta que privacidad e intimidad integran una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, irreducible para la intromisión de los restantes habitantes y el poder público, definiendo a la intimidad como: "*la antítesis de lo público, y por lo tanto, todas aquellas circunstancias relativas al hogar, la familia, la religión, la salud, la sexualidad, los asuntos legales y económicos personales del individuo*"<sup>6</sup>. Lo privado es, entonces, como señala Baroja,<sup>7</sup> aquello restringido, dominio de unos pocos, referido a lo doméstico y familiar y consagrado en el "derecho a la privacidad", mientras que lo íntimo es lo que corresponde al ámbito personal y psicológico, las creencias y la moral de la persona.

En el ordenamiento europeo, así como en los ordenamientos latinoamericanos que se han ido construyendo bajo su influencia, el derecho a la protección de datos de carácter personal es considerado como un derecho fundamental, autónomo e independiente, tal como establece, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional español No. 292/2000 (30/11/2000). Asimismo, la Constitución Europea ha recogido expresamente el derecho fundamental a la protección de datos en dos ocasiones. En la Parte I, Título VI (De la vida democrática de la Unión), el artículo I-51 (Protección de datos de carácter personal) establece en su epígrafe primero que "*toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan*" y en la Parte II (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión), Título II (Libertades), el artículo II-68 señala de nuevo que "*toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan*", añadiendo que "*estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley*", y que "*toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la*

---

<sup>4</sup> WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis. "The Right to Privacy" 4 Harvard L.R. 193 (Dec. 15, 1890)

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, Germán, Manual de la Constitución Reformada, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 519.

<sup>6</sup> JIMENEZ, Eduardo Pablo, Derecho constitucional Argentino, t II, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 36-67.

<sup>7</sup> BAROJA CRESPO, Rafaela, Derecho a la Intimidad: <http://www.monografias.com/trabajos32/derecho-intimidad/derecho-intimidad.shtml>

*conciernan y a obtener su rectificación".* En esa línea, en 1995 la CE puso en vigor la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos personales.

De esta manera, el derecho a la protección de datos ha evolucionado en uno cuyo ámbito de protección puede ser incluso más amplio que el de los propios derechos a la intimidad o a la privacidad, dado que, en un sentido amplio, protege intereses tan variados y diversos como el honor, la reputación la salud, o las libertades de conciencia, de credo o de filiación política. Como apunta Samuelson, el interés de un individuo en la privacidad de su información personal normalmente no es unidimensional<sup>8</sup>. Los individuos pueden tener intereses diversos. Y cada tipo de interés, a su vez, puede tener distintas dimensiones. No es lo mismo el interés asociado a una libertad individual, como por ejemplo, mantener el secreto de la pertenencia a un determinado grupo político o activista (que podría poner en riesgo mi trabajo o mi libertad) que el interés mucho más mundano de que la difusión de mi dirección o teléfono me pueda causar la molestia de recibir publicidad u ofertas no solicitadas. No es lo mismo entregar información a cambio de un precio o beneficio que entregarla a cambio de nada. Y no es lo mismo entregar, por ejemplo, una dirección de correo electrónico que permitir que un software en mi computadora registre y reporte toda mi actividad en Internet. No es lo mismo que se divulgue un dato biológico como el color de ojos o el tipo de sangre, a que se divulgue que transpira excesivamente o que sufre una enfermedad de transmisión sexual.

### **Contenido del Derecho a la Protección de Datos Personales**

El derecho a la protección de datos personales reconoce al ciudadano la facultad de permitir o impedir la recolección de sus datos y la capacidad para decidir, de forma bastante amplia, sobre la divulgación y el uso que puede hacerse de los mismos. Así, salvando diferencias menores, las legislaciones sobre la materia en Europa y Latinoamérica<sup>9</sup> garantizan a las personas naturales una serie de derechos, como el derecho a ser informados de cuándo y por qué sus datos están siendo tratados (es decir, están siendo incorporados en bases de datos), el derecho a oponerse al tratamiento de los mismos, el derecho a acceder a ellos y, en su caso, el derecho a su rectificación o supresión.

Estos derechos se configuran y ejercen en línea con una serie de principios rectores, como, fundamentalmente, el principio de legalidad o licitud (según el cual el tratamiento de los datos personales debe ceñirse a lo establecido y permitido, prohibiéndose la recopilación por medios fraudulentos, desleales o ilícitos) y el principio de consentimiento (que indica que todo tratamiento de datos personales debe hacerse bajo consentimiento de su titular). En estrecha relación con el consentimiento, tenemos el principio de información (sin la cual no hay consentimiento posible) y el principio de finalidad (puesto que los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada y explícita, siendo que su tratamiento no puede extenderse a otra finalidad que no haya sido informada y consentida).

Por el Principio de calidad, los datos personales a ser tratados deben ser veraces, exactos y actuales; por el principio de de seguridad, el titular del banco de datos personales debe adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos; y, por el principio de responsabilidad, responde legalmente por las deficiencias y omisiones en las que incurra. Por el principio de tutela o de "disposición de recurso" todo

---

<sup>8</sup> SAMUELSON, Pamela. *Privacy as Intellectual Property?* 52 Stanford Law Review., p.40

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, en la Comunidad Europea, la Directiva 95/46/CE; en España, la Ley Orgánica 15/1999; en México la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares de 05/07/2010; en Argentina, la Ley 25.326 de 30/10/2000 y en el Perú, la Ley 29733 de 03/07/2011.

titular de datos personales debe contar con las vías administrativas o jurisdiccionales necesarias para reclamar y hacer valer sus derechos, cuando estos sean vulnerados.

Tanto en Europa como en Latinoamérica, el funcionamiento del sistema depende de un ente regulador y fiscalizador gubernamental. Entre sus funciones principales, están la de llevar un registro obligatorio de los bancos de datos existentes, con la finalidad de facilitar el conocimiento y el acceso por parte de los titulares a las instancias donde sus datos pueden estar siendo tratados, así como la de velar por el cumplimiento de las normas y sancionar las infracciones.

### **La privacidad de los datos personales frente a otros intereses**

Desde el punto de vista de la eficiencia económica, se requiere que la protección del derecho individual se haga de manera que no se perjudique innecesariamente con otros intereses socialmente deseables, como la conveniencia de un mejor apareamiento de las preferencias y necesidades de los consumidores con las empresas que comercializan bienes y servicios, reduciendo así los costos de búsqueda a aquéllos y los costos de mercadeo a éstas últimas. La información personal, adecuadamente sistematizada, permite a las empresas brindar un mejor servicio al cliente y desarrollar estrategias de marketing más eficientes; enfocadas a las particulares necesidades y preferencias de los consumidores, identificando nichos de mercado, patrones de consumo, tendencias y otros factores relevantes, lo cual le otorga un valor comercial de gran significación.

Como apunta Litan, el balance entre los intereses involucrados (privacidad vs. eficiencia) puede variar considerablemente de caso a caso. Por ejemplo, la base de datos de una tienda por departamentos que contiene la dirección equivocada de algunos consumidores, o información equivocada sobre sus patrones de consumo, no parecería ofrecer mayor riesgo de daño a los consumidores al ser usada por la propia tienda o incluso al ser compartida con terceros, pues ello simplemente derivará en que algunos consumidores reciban información no deseada (lo que el consumidor puede solucionar dirigiéndose a la propia fuente o utilizando los remedios que prevé normalmente la regulación de protección al consumidor) y que algunos consumidores no reciban información que tal vez hubiesen deseado (lo cual es una ineficiencia que produce un costo a la empresa y que, por lo tanto, tiene como contrapartida un incentivo para corregirla). La contrapartida en eficiencia económica es que el libre flujo de esta información permitirá a las empresas afinar sus esfuerzos de marketing, reduciendo sus costos y brindando información relevante a los consumidores correctos.<sup>10</sup>

De otro lado, como ocurre con cualquier otro derecho o interés en un ordenamiento legal, la privacidad de la información de los consumidores no es absoluta. No está por encima, por ejemplo, del derecho que tiene el Estado y los terceros afectados de acceder a información relevante para perseguir actos ilícitos o criminales bajo la garantía del debido proceso.

Asimismo, cabe notar, como explica Posner, que los intereses de terceros en la información personal no están circunscritos al ámbito económico o comercial, sino que la posibilidad de establecer una relación cualquiera, personal o de negocios, siempre crea oportunidades de “ganancia”, en el sentido más amplio (no necesariamente económico) del término, para quien demanda la información, generando con ello incentivos para incurrir en los costos de obtenerla:

---

<sup>10</sup> LITAN, Robert E., Balancing Costs And Benefits Of New Privacy Mandates (Mayo, 1999). AEI-Brookings Working Paper 99-03. <http://ssrn.com/abstract=179074>

*“Estas oportunidades obviamente se dan en el caso de información buscada por el recolector de impuestos, novio, socio, acreedor, competidor, y otros. Menos obviamente, mucho del curioso (término utilizado aquí sin sentido peyorativo) casual en las vidas de amigos y colegas, tan común en la vida social, está motivado, a niveles más altos de lo que usualmente se piensa, por consideraciones racionales legítimas de interés propio. El curioso permite formarse una idea más exacta de un amigo o colega y la información obtenida tiene utilidad en el relacionamiento profesional o personal con ese colega o amigo. Por ejemplo, uno desea saber, al escoger un amigo, si éste será discreto o indiscreto, egoísta o generoso. Estas cualidades no son necesariamente apreciables de primera impresión. El otro lado de la moneda es que las relaciones sociales, como las de negocios, presentan oportunidades para la explotación a través del engaño. Los psicólogos y sociólogos han señalado que en su vida ordinaria las personas tratan de manipular la opinión que otros se forman de ellos presentando imágenes falseadas o maquilladas de ellos mismos.”<sup>11</sup>*

Así, para Posner, si es que el derecho a la privacidad termina siendo el derecho a manejar el flujo de información sobre uno mismo, lo cual implica el derecho a manipularla y eventualmente falsearla, ello debe tener el corolario, como contrapartida, de un derecho de los demás a desenmascarar el engaño, obviamente, sin recurrir a métodos legalmente vedados.

Desde otro punto de vista, si bien en la tradición europea y latinoamericana el derecho a la privacidad de la información personal se ha desarrollado en gran medida como un derecho humano fundamental, ello no ha ocurrido de la misma manera en Norteamérica. Samuelson cita a diversos autores, como Flaherty y Swire, que explican que ello se debería a que, en Europa, la recolección y manejo de grandes cantidades de información personal por los gobiernos en algunos regímenes posibilitó una serie de abusos, desde la vigilancia política hasta el exterminio selectivo, siendo el caso más notorio el de la Alemania Nazi contra los judíos.<sup>12</sup>

Los abusos gubernamentales históricamente generan reacciones en la ciudadanía, que tarde o temprano terminan por consagrar, no sin procesos sociales a veces bastante dolorosos de por medio, los tipos de derechos que reconocemos como derechos fundamentales o derechos humanos, cuya característica fundamental es que surgen a partir de procesos de reivindicación social, como explica Szabo:

*“... los derechos humanos sólo pueden “deducirse” de las relaciones sociales de las que han surgido. Sinceramente, guardo una actitud personal de hostilidad ante toda teoría o explicación basada en la denominada ley natural. La ley fundada en la razón es pura ficción. (...) Por el contrario, el desarrollo económico y, en correlación con éste, el desarrollo político específico de los siglos XV y XVI, no son en modo alguno una ficción, pues corresponden a un desarrollo real de la sociedad. Es esta evolución la base de la exigencia de libertad -sobre todo de libertad económica- frente al vínculo feudal. En virtud de esta evolución se postuló la libertad y, más especialmente, se afirmó la igualdad ante la ley, frente al sistema de privilegios del feudalismo”<sup>13</sup>*

---

<sup>11</sup> POSNER, Richard, *An Economic Theory of Privacy*, Cambridge University Press.

DOI: <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511625138.016>

<sup>12</sup> Samuelson, OPp cit

<sup>13</sup> SZABO, Imre: *Fundamentos históricos de los derechos humanos* en: VAZAK, Karel (editor): Ensayos sobre derechos humanos, 3 vol, Barcelona, Unesco/Serbal, 1984, vol 1, p.42.

Nikken, por ejemplo, se refiere a la Carta Magna como el primer documento significativo, dentro de la historia constitucional de occidente, que establece limitaciones al poder del estado frente a sus súbditos, conjuntamente con el Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689, los cuales pueden considerarse como precursores de las modernas declaraciones de derechos humanos. Pero, a diferencia de las declaraciones que más tarde se adoptarían en las revoluciones americana y francesa, estos documentos ingleses no perseguían el reconocimiento y salvaguarda de derechos individuales, innatos o naturales del ser humano como tal, sino de confirmar derechos preexistentes e indiscutibles de los súbditos ingleses frente a la corona. Eran, en este sentido, "derechos del pueblo" más que "derechos del hombre"<sup>14</sup>

Así, en Norteamérica el desarrollo del derecho a la privacidad se ha dado de manera muy distinta, aparentemente por la ausencia de experiencias sociales tan traumáticas como las que ha tenido Europa. En lugar de un derecho "fundamental e inalienable" de los individuos sobre su información personal, consagrado constitucionalmente, existe un derecho relativamente reciente que se ha ido desarrollando de manera más lenta a partir del derecho consuetudinario de la responsabilidad contractual y extra-contractual. Por ejemplo, el derecho del gobierno de vender las bases de datos de las licencias de conducir no fue cuestionado hasta hace relativamente poco, cuando el problema de la privacidad en general tomó una importancia mucho mayor debido a internet y el comercio electrónico. La privacidad de una lista de videos alquilados por una persona no existía hasta que un candidato a la Corte Suprema fue descalificado porque un periodista publicó la suya, que contenía películas que aparentemente denotaban ciertas preferencias políticas y culturales que no eran favorables a su elección. Y, aún entonces, sólo se legisló el tema de forma anecdótica y específica, a través de una "Ley de Privacidad de Videos".<sup>15</sup>

No obstante todo ello, parece evidente e inevitable que el proceso del reconocimiento del derecho a la privacidad y protección de los datos personales en Norteamérica, aunque se haya desarrollado de forma diferente y en función de fenómenos sociales distintos, le está terminando por reconocer allí la misma importancia fundamental que tiene en otras geografías. De hecho, el devenir social y económico en la era de la información y la enorme trascendencia que tiene el conflicto información-privacidad en las esferas privadas no ha hecho sino confirmar su importancia en el segundo nivel o dimensión que caracteriza a los derechos fundamentales, es decir, no sólo como derecho "del pueblo", sino también como derecho "del hombre", ejercitable no sólo frente al poder político, sino en todos los ámbitos de la sociedad.

Vemos entonces, que salvo por el caso de las conductas ilegales y fraudulentas, que ameritan el levantamiento de la privacidad bajo las reglas del debido proceso, la tendencia predominante frente a otros intereses que puedan eventualmente encontrarse en conflicto con la privacidad de los datos personales, como el interés en el libre flujo de la información y la eficiencia de los negocios, es que éstos últimos no pueden sobreponerse al primero y que ciertos principios fundamentales como los de consentimiento, finalidad y seguridad son ya pilares en el ordenamiento globalizado relativo a la materia<sup>16</sup>.

---

14 NIKKEN, Pedro: La protección internacional de los Derechos Humanos, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1987, p.30.

15 Samuelson, Op cit.

16 Así por ejemplo, en sus recomendaciones sobre legislación y autorregulación para los en EE.UU, la FTC establece los principios de a) Notificación/Información; b) Opción/Consentimiento; c) Acceso/Participación; d) Integridad/Seguridad y e) Tutela/Recurso: Federal Trade Commission Privacy Online: A Report to Congress (1998) en: <http://www.ftc.gov/reports/privacy3/toc.htm>

La necesidad de protección de los datos personales puede ser, y de hecho ha sido, sustentada desde distintos puntos de vista. Para algunos es el beneficio utilitario de obtener eficiencias económicas, asegurando que las empresas que usan la información internalicen adecuadamente los costos involucrados. Dentro de esta corriente se puede identificar a quienes entienden la regulación como una herramienta esencial contra el robo de identidad, el acoso y otras formas de uso indebido de la información. Para otros, como es el caso de la legislación europea y latinoamericana, se trata de proteger un derecho fundamental, inherente a la autonomía individual, la dignidad y la libertad en una sociedad democrática. Existen también quienes propugnan un enfoque más bien proteccionista, según el cual el Estado debe proteger a los individuos frente a su propia falta de discernimiento para entender los riesgos e implicancias de compartir su información.<sup>17</sup>

En este contexto, la política regulatoria sobre el uso de información personal debería tener el propósito de obtener un balance razonable entre la protección del derecho fundamental y el objetivo socialmente deseable de permitir el libre flujo de la mayor cantidad de información posible y de su utilización eficiente. Dicho balance, como ya vimos, no radica en recortar el derecho individual en sus aspectos esenciales, sino más bien a permitir su ejercicio de la forma más eficiente, generando la menor cantidad posible de costos transaccionales, evitando las formalidades innecesarias, la intervención burocrática, la sobreprotección y el reemplazo de las decisiones libres e individuales por reglas estatales intervencionistas.

### **La protección de los datos personales en la doctrina comparada.**

Como explica Huang<sup>18</sup>, desde el punto de vista de la economía conductual, la obtención y tratamiento de información personal puede justificarse de diversas maneras, siendo que cada justificación determina un tipo de regulación. Por ejemplo, un enfoque de auto-regulación basado en la teoría de juegos aplicada a la psicología, asumirá que las normas de la industria son cambiantes de acuerdo a las circunstancias, puesto que éstas determinan presiones competitivas que incentivan a las empresas a tener mayores o menores niveles de respeto a la privacidad de los datos personales. Otro tipo de regulación es la voluntaria, a través de reglas de privacidad por defecto que los individuos pueden adoptar o no adoptar a través de sus decisiones de consumo y/o de negocio. Allí la cuestión clave es si estas reglas por defecto deben establecerse en función de lo que hipotéticamente la mayoría de personas escogería, o más bien en función de reducir la asimetría informativa entre la firma y el individuo e incentivar la toma de decisiones mejor informadas. Una tercera modalidad es la regulación obligatoria estatal. ¿Debería esta regulación respetar las reglas por defecto adoptadas por la mayoría, para aprovechar así las externalidades de red y crear eficiencias de mercado? ¿El hecho de que los consumidores tengan mayor consciencia de las implicancias de la privacidad de sus datos puede inducir a las empresas a modificar su conducta al momento de recolectar o tratar dicha información? Otra forma de regulación está basada en el otorgamiento a los individuos de derechos de propiedad sobre su información. ¿Pero, en ese caso, el hecho de que estemos tratando con un derecho fundamental, inalienable, y que, por lo tanto, no puede tratarse como un bien de intercambio o “*commodity*”, terminará conduciendo a una regulación de “cuasi propiedad” o “propiedad incompleta”? Más adelante, comparamos, en términos generales la regulación que establece una especie de “propiedad intelectual” sobre los datos personales y la regulación basada en cláusulas contractuales.

---

<sup>17</sup> SAMUELSON, Op. cit.

<sup>18</sup> HUANG, Peter H., The Law and Economics of Consumer Privacy Versus Data Mining (Mayo 1998): <http://ssrn.com/abstract=94041>

Antes, como perspectiva, cabe poner de manifiesto y tener en cuenta un problema económico central que subyace al tema, como anotan Swire y Litan:

*“Consideremos los incentivos de una empresa que adquiere información privada. La empresa gana el beneficio entero de usar la información en sus actividades de marketing o en la tarifa que recibe cuando vende la información a terceros. La empresa, sin embargo, no sufre pérdida alguna por la divulgación indebida. Como los consumidores a menudo no conocen de la divulgación, es improbable que puedan disciplinar a la empresa de modo efectivo. En términos económicos, la empresa internaliza el beneficio de usar la información pero puede externalizar parte de las pérdidas, por lo que tiene un incentivo sistémico para sobreutilizar la información. Esta falla del mercado se agudiza por los costos de negociar el nivel deseado de privacidad. Puede ser intimidante para un consumidor individual negociar con un distante proveedor en internet (...) Una negociación exitosa puede tomar tiempo, esfuerzo y un conocimiento considerable del tema”.*<sup>19</sup>

### **Los Datos Personales como Propiedad Intelectual**

La regulación basada en el otorgamiento de derechos de propiedad sobre la información personal ofrece ventajas y desventajas. Una primera ventaja consiste en la internalización de externalidades. El hecho de que las empresas tengan que pagar a los individuos por sus datos personales probablemente haría que la recolección y utilización sea más eficiente, es decir, que se tomen decisiones más cuidadosas sobre qué información recolectar o procesar, y sobre cómo utilizarla, minimizándose así la sobreutilización y la utilización indebida a partir de mecanismos de mercado, como el sistema de precios. Otra ventaja importante es que un sistema de propiedad permitiría a los titulares de la información participar de una parte del beneficio económico que se produce a partir del uso de su información en el mercado. De otro lado, un sistema de protección de datos basado en derechos de propiedad probablemente no requeriría la creación de mecanismos administrativos específicos de regulación y control.

Sin embargo, también hay importantes objeciones. Una primera objeción es la falta de correspondencia con la racionalidad económica que subyace a otros tipos de propiedad intelectual, consistente en la necesidad de generar incentivos para la creación intelectual y la innovación tecnológica a niveles óptimos, enfrentando así un problema de “bienes públicos” y escasos. En el caso de la información personal, se argumenta que la regulación no buscaría incentivar la producción de información, pues ésta ya existe, y sería contradictorio que con los derechos de propiedad, en vez de la mayor producción de un recurso escaso, lo que se estaría obteniendo es limitar el flujo de un recurso abundante.<sup>20</sup> Sin embargo, el argumento omite considerar la complejidad bastante mayor que tiene la estructura económica de la propiedad intelectual. Como hemos anotado anteriormente,<sup>21</sup> existen en realidad dos tipos de racionalidad económica que fundamentan el establecimiento de derechos de propiedad intelectual. Uno de ellos, aplicable básicamente a los derechos de autor y las patentes, efectivamente tiene que ver con el problema de los “bienes públicos”. Dado que una de las características de los bienes públicos, y en particular de la información, es que no se puede

---

<sup>19</sup> SWIRE, Peter & LITAN, Robert. None of your business: World data flows, electronic commerce, and the European Privacy Directive. Brookings Institution Press. Washington, D.C., 1998. ISBN 0-8157-8240-3.

<sup>20</sup> SAMUELSON, Op.cit.

<sup>21</sup> CAVERO, Enrique, Entre el huevo o la gallina y la planchada o la camisa. Introducción al Análisis Económico de la Propiedad Intelectual. En: THEMIS Revista de Derecho No. 62, Pontificia Universidad Católica, Lima, Diciembre 2012



excluir a los demás de su uso (o que los costos de exclusión son muy altos) resulta que producir bienes intelectuales es caro y copiarlos barato, circunstancia que empuja el precio de mercado hacia el costo marginal –el costo de hacer copias– e impide a los creadores recuperar el costo de la creación o innovación, eliminando o reduciendo los incentivos para que ésta se produzca.

Los derechos de propiedad intelectual están destinados a generar esos incentivos. Al mismo tiempo, la segunda característica de los bienes intelectuales es que no tienen “consumo rival”, es decir, pueden ser utilizados por distintas personas al mismo tiempo sin que ello interfiera con el uso de los demás o reduzca su valor (aunque esta característica no alcanza a algunos bienes intelectuales, como las marcas). Ello determina que sea deseable o conveniente el acceso universal a los mismos. La falta de acceso universal tiene un costo, pues produce una pérdida de valor en el agregado social y retrasa el avance de la tecnología y de la cultura, ya que éstas se originan a partir de la información que está en el dominio público. De esta manera, se produce un conflicto entre la necesidad de generar incentivos a la innovación y la conveniencia del acceso universal a la información. La información existente no se utiliza en todo su potencial debido a los derechos exclusivos que tienen los creadores sobre la misma, pero no existiendo los incentivos adecuados, tal información (o una parte importante de ella) no se produciría en primer lugar. En tal sentido, la propiedad intelectual es un “*trade off*” o relación de intercambio entre el acceso universal a la información y la necesidad de crear incentivos para que tal información se produzca.

Pero, existe una segunda justificación para la existencia de determinados derechos de propiedad intelectual, que consiste en la necesidad de proteger la integridad del mercado, permitiendo la acumulación de reputación (*goodwill*), reduciendo costos de transacción, el riesgo de confusión de los consumidores y las conductas parasitarias, generando así transparencia e incentivos a la calidad, la innovación y la eficiencia. Ello aplica a bienes intelectuales que sí tienen consumo rival, pues permiten acumular prestigio y reputación (no trasladable a terceros) como las marcas y demás signos distintivos, los “*publicity rights*”<sup>22</sup> y ciertos derechos de autor, como el que recae sobre los personajes de ficción, pasibles de tener una reputación, de manera similar a una persona real.<sup>23</sup>

En ese sentido, la función económica de la propiedad intelectual no se limita a la generación de incentivos para la creación intelectual y la innovación, sino que, en buena parte, tiene que ver (como los derechos de propiedad en general) con la utilización eficiente de los recursos a través de la internalización de externalidades. Así, el establecimiento de derechos de propiedad sobre la información personal no tendría un objetivo tan distinto del que tiene la propiedad sobre otros tipos de información pasibles de ocasionar crédito, descrédito o, eventualmente, daño, a sus titulares.

Un segundo problema tiene que ver con la naturaleza inalienable que tiene la información personal en muchos ordenamientos y la posibilidad de que la titularidad sobre ésta pueda ser transferida, como si se tratase de un bien de intercambio o “*commodity*”. Un derecho de propiedad permitiría, en principio, que un primer adquirente transfiera la titularidad sobre la información a terceros, y así sucesivamente, sin que el titular original pueda posteriormente

---

22 En el derecho norteamericano, se denomina así a los derechos que protegen a las personas que gozan de notoriedad o reputación contra la utilización no autorizada, con fines comerciales, de su imagen, voz, representación, nombre, identidad, reputación, e incluso de ciertos elementos distintivos o “identificables”, como la firma, frases célebres o vestuario característico. En el derecho latinoamericano y europeo, estos intereses se protegen generalmente a través de las normas contra la competencia desleal en la modalidad de explotación indebida de la reputación ajena.

23 CAVERO, Enrique El “right of publicity” y los derechos sobre la imagen y reputación de las celebridades en la industria del entretenimiento. Revista Ius et Veritas No. 44, Pontificia Universidad Católica, Lima, Julio de 2012

retractarse o siquiera influir en las futuras transacciones. Así, aunque, en la práctica, la titularidad sobre la información no necesariamente sería transferida siempre a título universal y si bien el mercado probablemente desarrollaría esquemas de licenciamiento con todo tipo de especificidades (limitaciones de tiempo o territorio, sólo para ciertos usos, con o sin facultad de sub-licenciarse, etcétera) como ocurre, por ejemplo con los derechos patrimoniales de autor, no puede soslayarse la cuestión de fondo sobre si la transferencia a título universal debería ser siquiera posible. Como resultado de tales transacciones, un individuo podría eventualmente perder el control de su propia información en manos de un adquirente inmediato o mediato en una cadena de transferencias comerciales. Podría incluso quedar impedido de vender la misma información a terceros, al haber transferido la titularidad misma, que podría terminar en manos de un intermediario. Las firmas que requiriesen de la información tendrían que obtenerla entonces del intermediario en términos que reflejarían los intereses de éste antes que los del individuo titular de la información. De esta forma, para algunos, tratándose de un derecho fundamental y de una libertad civil, su "alienabilidad" resultaría contradictoria o hasta moralmente reprobable, como podría ser, por ejemplo, la comercialización del derecho al voto, requiriéndose, en todo caso, del establecimiento de limitaciones estructurales irrenunciables, como ocurre con los derechos morales de autor.<sup>24</sup>

### **La regulación de tipo contractual o basada en el consentimiento.**

Un mecanismo legal alternativo para otorgar derechos efectivos a los individuos sobre su información personal, sin necesariamente otorgar derechos de propiedad sobre ésta, es el establecimiento de reglas por defecto que las partes puedan modificar de común acuerdo. En esta categoría se encuadran la legislación europea y latinoamericana que ya hemos reseñado. Debido a la naturaleza del derecho que se busca proteger (cuyo contenido esencial tiene que ver con el consentimiento) las reglas por defecto tenderán a ser reglas que impidan la actividad antes que permitirla, aunque se dan excepciones (por ejemplo basadas en una conducta inequívoca)<sup>25</sup>. Siendo que la negociación efectiva entre titulares y usuarios se dificulta en la práctica cotidiana e involucra una serie de costos de transacción, y siendo que, por otro lado, las reglas por defecto no pueden solucionar el tema del consentimiento, podría pensarse que existe el riesgo de una parálisis o reducción significativa en el flujo de información. Sin embargo, la respuesta a ese problema ha venido a darse en los contratos tipo y las políticas de privacidad que la industria ha ido desarrollando, en muchos casos como resultado de un proceso de autorregulación, especialmente para efectos del comercio electrónico y del flujo de información en otros ámbitos de internet, como las redes sociales. En esencia, se trata de contratos de adhesión que permiten a las empresas que los consumidores, a través de actos individuales y simples como marcar un casillero en una pantalla, otorguen (o nieguen) el consentimiento necesario para el tratamiento de su información.

El mercado ha ido determinando que las políticas de privacidad tengan la flexibilidad suficiente para acomodar y así poder atraer al mayor número de consumidores posible. Una política mal diseñada podrá ser aceptada por una minoría de incautos o desinformados, pero a la larga terminará por perjudicar a la empresa. Como anotan Romanosky y Aquisti, existen múltiples intereses e incentivos para que la información personal fluya dentro de un balance que permita su utilización empresarial eficiente, pero de manera que ello no afecte

---

24 SAMUELSON, Op cit.

25 En esta línea, por ejemplo, la ley peruana incluye excepciones al consentimiento cuando se trate de datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en fuentes accesibles para el público, o cuando los datos personales sean necesarios para la ejecución de una relación contractual en la que el titular sea parte, o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento.

indebidamente a sus titulares. A través de transacciones que involucran su información personal, los consumidores se benefician de un mayor acceso al crédito y a los seguros, así como de la mayor personalización y acceso más eficiente a productos y servicios. Sin embargo, pueden también sufrir daños derivados del uso abusivo de su información, como el robo de identidad. Pueden sufrir la pérdida de valor de tal información debido a su divulgación o utilización indebida, o sufrir otro tipo de daños menos tangibles, como la molestia de lidiar con ofrecimientos comerciales, la pérdida de privacidad o el daño psicológico derivado de la discriminación o el estigma social. Pero la mala utilización de información personal también tiene costos importantes y no deseados para las empresas, como la publicidad negativa, el deterioro de su imagen y la pérdida de ventas y clientes, además de sanciones legales como multas y responsabilidad por daños.<sup>26</sup>

Una característica común a prácticamente todos los consumidores es una dosis mayor o menor de desconfianza con relación a compartir su información personal y, sobre todo, con relación a permitir su utilización por parte de terceros. Pero, ello puede significar una significativa ventaja para las empresas que sepan entender el problema y enfrentarlo adecuadamente como apunta Bartlett<sup>27</sup>. Quienes construyan relaciones “abiertas, transparentes y claras” con relación al tratamiento de la información personal ganarán la confianza de los consumidores y obtendrán más información de mejor calidad. El reto va más allá de simplemente tener políticas de privacidad y permitir de esa forma que el consumidor haga una “elección informada” consistente en aceptar o no aceptar la política, sino de otorgarle “opciones significativas” que enfrenten de la mejor manera posible el recelo, que muchas veces no deriva tanto de brindar la información a quien la solicita, sino de la posibilidad de perder el control de la misma. Para ello, son necesarias medidas como buscar compartir en alguna medida el beneficio económico derivado del uso de la información, reconocer la diversidad de puntos de vista (aunque parezca obvio que todos los consumidores no piensan o sienten igual, es impresionante la cantidad de políticas que parecen ignorar este hecho) y, en suma, ofrecer políticas que sean mutuamente beneficiosas y lo reflejen adecuadamente.

## **Conclusiones**

El derecho a la protección de los datos personales no constituye, en estricto, una forma de propiedad intelectual dentro de los ordenamientos legales existentes.

El otorgamiento de derechos de propiedad sobre esta información a sus titulares podría tener ciertas ventajas, como a) la de permitir la internalización por parte de las empresas de los costos derivados del uso indebido o la sobreutilización y b) la de generar un mercado de información que canalice a los titulares parte de los beneficios económicos. Ello, a su vez, debiera llevar a un balance adecuado entre eficiencia económica y privacidad a través de mecanismos de mercado

Una regulación basada en derechos de propiedad, sin embargo, podría enfrentar dificultades derivadas de la naturaleza “alienable”, transferible a título universal, que normalmente tienen los bienes objeto de propiedad, ya que esta característica sería incompatible con la naturaleza de derecho humano que los ordenamientos reconocen al derecho a la protección de datos personales.

---

<sup>26</sup> ROMANOSKY, Sasha & ACQUISTI Alessandro, Privacy Costs And Personal Data Protection: Economic And Legal Perspectives; en: <http://ssrn.com/abstract=1522605>

<sup>27</sup> BARTLETT, Jamie, The Data Dialogue, en: [http://www.demos.co.uk/files/The\\_Data\\_Dialogue.pdf?1347544233](http://www.demos.co.uk/files/The_Data_Dialogue.pdf?1347544233)

A través de una regulación estatal de reglas básicas de garantía, que operen en conjunción con los contratos y políticas de privacidad generados de forma natural en el mercado, pueden obtenerse las mismas ventajas y, en suma, el balance requerido entre los beneficios sociales y económicos que brinda el uso de la información y los intereses de los individuos y consumidores.

Para que las reglas básicas de garantía y la contratación privada puedan complementarse de manera eficiente, es necesario que la regulación esté libre de elementos distorsionantes que, más allá de garantizar el derecho en sus aspectos esenciales (como información, consentimiento, acceso e integridad) incurran en el establecimiento de formalidades innecesarias (como por ejemplo reglas de consentimiento expreso o escrito) o que impidan a los titulares tomar decisiones libres, reemplazándolas por opciones legales de corte proteccionista.