

## La protección de datos en el sector audiovisual

### The protection of data in the audiovisual sector

VÍCTOR SEISDEDOS POTES<sup>1</sup>

MARIO DE LA PEÑA TRIGUERO<sup>2</sup>

Universidad de León (España)

Universidad Carlos III (España)

**Sumario:** 1. Planteamiento inicial. 2. El manejo de datos personales en el sector audiovisual. 3. Uso de imágenes en Televisión. 4. Referencia a las obras fotográficas. 5. Problemas con la "Connect TV". 6. Concursos, juegos y sorteos de televisión. 7. Resoluciones aplicables al sector audiovisual. 8. Conclusiones finales. 9. Bibliografía

**Resumen:** Se trata de analizar el tratamiento de datos personales en el sector audiovisual, en especial al uso de imágenes en televisión, obras fotográficas, analizando toda la problemática en la "Connect TV", siempre bajo un prisma práctico siguiendo las principales resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos.

**Palabras clave:** Protección de Datos. Sector audiovisual. Connect TV. Tratamiento de datos en juegos de azar.

**Abstract:** It is analyzing the processing of personal data in the audiovisual sector, especially the use of images on television, photographic works, analyzing all the problems in the "Connect TV", always a practical prism following the main resolutions of the Spanish Agency data Protection.

**Key words:** Data Protection. Audiovisual Section. Connect TV. Data processing gambling

#### 1. Introducción

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), indica en su artículo 3 que el ámbito de aplicación de la misma está sujeta ante los servicios de comunicación audiovisual que se encuentren en España, y por extensión (en su artículo 2) define a los servicios de comunicación audiovisual como aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicación electrónicas, programas con objeto de informar entretener o educar al público general, así como emitir comunicaciones comerciales.

---

<sup>1</sup> Doctorando en Derecho en la Universidad de León; Máster en Derecho de las Telecomunicaciones. Universidad Carlos III de Madrid (España), Licenciado en Derecho y abogado.

<sup>2</sup> Máster en Derecho de las Telecomunicaciones. Universidad Carlos III de Madrid (España); Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid; abogado.

Asimismo, la LGA reconoce el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural (artículo 4) con una programación que refleje la diversidad cultural y lingüística de la ciudadanía (artículo 5), siempre bajo una óptica de una comunicación audiovisual transparente (artículo 6), todo ello siempre centrado en proteger al consumidor o usuario final.

Asimismo, la Ley de Propiedad Intelectual entiende por obra audiovisual *“las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras”*.

A nuestro juicio, la ley es lo suficientemente amplia para incluir en su seno a las nuevas formas tecnológicas de obras expresadas por imágenes y sonidos que han ido apareciendo en el mundo audiovisual. Por lo tanto, cualquier obra multimedia en la que se incluyan contenidos audiovisuales deberá tener presente la normativa que se establecerá en el presente informe.

A lo largo de este informe se centrará el foco en justamente la protección del usuario en su vertiente de los datos personales. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (en adelante LOPD) tiene por objeto garantizar y proteger los datos personales, así como las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas que se deriven de dichos datos personales (artículo 1 y 2 LOPD). Es por ello, que el sector audiovisual no está exento de ello.

No son pocos los casos que existen sobre la práctica de confrontación de derechos emanados de relaciones contractuales del sector audiovisual, propiedad intelectual, privacidad, competencial, entre otros, que chocan con el derecho de protección de datos. Es por ello que este informe tratará de traer a colación a través de en casos prácticos los problemas que se emanan sobre el tratamiento de datos personales en un ámbito plural y diverso del sector audiovisual.

## **2. Manejo de datos personales en el sector audiovisual (consentimiento y derechos ARCO)**

En primer lugar es esencial intentar definir lo que entendemos por sector audiovisual. Si bien, la definiciones altamente compleja, la LGCA no nos ofrece ninguna pista al respecto. En este *macrosector* podríamos incluir debemos incluir a tres sectores: (1) empresas productoras – ejerciendo acciones de producción y posproducción de contenidos (tales como contenidos cinematográficos, eventos deportivos y/o espectáculos), empresas comercializadores de derechos, y otros eventos de entretenimiento); (2)

radiodifusores; y finalmente (3) operadores de telecomunicación – ejerciendo acciones de distribución de dicho contenido (aquí podríamos incluir internet y/u otros análogos sistemas en redes de comunicación, así como sistemas basados en soportes físicos)<sup>3</sup>. No obstante, este esquema se ha visto altamente criticado por la doctrina, indicando que el sector audiovisual “clásico” puede catalogarse como aquel que está compuesto por servicios de difusión tradicionales (radio y televisión), así como la televisión emitida por cable o codificada (es decir, televisión de pago).

Sea como fuere, la definición del ámbito del sector audiovisual no es del todo necesaria a expensas del presente trabajo. A lo largo de este informe, cuando hacemos alusión al sector audiovisual, entendemos (dadas las nuevas y diversas modalidades de producción, distribución de los contenidos) a un sector audiovisual *no clásico*, dado que las nuevas tecnologías están cogiendo cada día más relevancia y fuerza.

Generalmente y con carácter previo al inicio de una producción audiovisual, las productoras de televisión solicitan, a todos aquellos que vayan a aparecer delante de las cámaras, el consentimiento expreso tanto para la captación y difusión de su imagen, voz, nombre y apellidos y demás datos que pudieran ser recogidos con ocasión de la grabación del programa como, para la cesión en exclusiva y con facultad de cesión a terceros de los derechos de explotación derivados de la eventual participación en el programa.

De igual modo, se informa al interesado de que se van a ceder sus datos a la cadena de televisión que va a emitir el programa y la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los mismos, en cumplimiento con la normativa de protección de datos.

La firma de dicho documento supone que si bien, según establece la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, dichos derechos son irrenunciables, no existe intromisión ilegítima en dicho ámbito al existir consentimiento expreso por parte de su titular. Asimismo, la existencia de dicho consentimiento, otorga seguridad a quienes van a invertir en la producción audiovisual es decir, a productoras y televisiones, toda vez que dicha Ley Orgánica establece que si bien, el titular puede revocar en cualquier momento su consentimiento, éste deberá indemnizar, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

---

<sup>3</sup> Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones. “*El Sector Audiovisual y su evolución*”. 2005. P. 9 y 10. Disponible en: <https://coit.es/descargar.php?idfichero=425>

Por otro lado, en lo que respecta al derecho a la cancelación de los datos de carácter personal que señala la normativa de aplicación (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley Orgánica) debemos tener en cuenta en términos generales que:

- (i) El ejercicio de este derecho por parte de su titular dará lugar a que se supriman los datos que éste solicite ello, sin perjuicio del deber de bloqueo que supondrá que los datos deban conservados únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante la prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a su supresión.
- (ii) No se puede exigir contra prestación alguna por el ejercicio de dicho derecho
- (iii) El responsable del fichero (que normalmente será la productora audiovisual, que es quien recaba los datos en primera instancia) deberá resolver la solicitud de cancelación en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud.
- (iv) Si los datos cancelados hubieran sido cedidos previamente (por ejemplo, a la cadena de televisión que vaya a emitir el programa) el responsable del fichero deberá comunicar dicha cancelación al cesionario, en idéntico plazo, para que a su vez, también en el plazo de diez días, proceda a cancelar dichos datos

Por tanto, si aquel titular de los datos que dio su consentimiento expreso para la captación y difusión de su imagen, voz, etc., revoca su consentimiento expreso para la utilización de los mismos, se podrá solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados en los términos señalados en la Ley Orgánica sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen sin embargo, desde la óptica de la normativa de protección de datos, si dicho titular solicita la cancelación de sus datos, se tendrán que cancelar los mismos de forma gratuita en unos plazos muy breves.

El último supuesto puede parecernos un tanto inviable, por la situación en la que dejaría a las empresas del sector audiovisual sin embargo, la Agencia Española de Protección de Datos ya se ha pronunciado al respecto en un supuesto de estas características.

En este sentido (pese a que posteriormente explicaremos en profundidad los derechos ARCO), en su Resolución número 3169/2012 la Agencia Española de Protección de datos (AEPD) analizó la denuncia de una persona que solicitó a la productora la cancelación de las imágenes correspondientes a su enfermedad y proceso quirúrgico y ello, a pesar de que con carácter previo había firmado una autorización en virtud de la cual le cedía en exclusiva, *"con facultad de cesión en exclusiva a terceros, para todo el mundo y por el plazo máximo que la ley otorga, los derechos de imagen y voz que pudieran corresponderle por su intervención, así como los derechos de fijación, reproducción, comunicación pública, distribución u transformación por cualquier procedimiento técnico"*.

La productora, siguiendo los plazos y demás obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos, anteriormente mencionadas, procedió a cancelar los datos y a comunicar dicha cancelación al interesado. Sin embargo, unos meses después el programa fue nuevamente emitido sin que la productora pudiera acreditar que había cumplido con la obligación de comunicar la cancelación efectuada, a la cadena de televisión para que a su vez ésta procediera a actuar en el mismo sentido.

Finalmente y aún a pesar de que la propuesta de resolución del expediente solicitaba imponer a la productora una multa de 40.001, la Agencia Española de Protección de Datos impuso a la productora una multa de 3.000, atendiendo a los criterios de graduación de las sanciones previstos en la LOPD.

En conclusión, si una persona solicita la cancelación de sus datos en virtud de la normativa en materia de protección de datos, aún a pesar de que previamente haya autorizado expresamente la utilización de los mismos, las productoras y cadenas de televisión deberán cancelar dichos datos de forma gratuita, ello supone que una vez realizada la grabación, editado el video y en general, creado el programa nos encontremos con que es posible que no se puedan emitir. Ahora bien, ello no impide que dichas entidades puedan acudir a jueces y tribunales y solicitar la indemnización por daños y perjuicios, incluida las expectativas justificadas, prevista para la revocación del consentimiento en la Ley Orgánica sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

En conexión a este último punto sobre el derecho de cancelación, si hay un abanico básico sobre el que se ha de primar la Ley Orgánica de Protección de Datos, es sobre los Derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). Todos estos derechos –junto con el de información- son derechos que ostentan todas las personas que garantizan el tratamiento legítimo de los datos personales.

En primer lugar, el derecho de información, es aquél que ampara a que en el momento en que se procede a la recogida de los datos personales, el interesado sea informado previamente de modo expreso, preciso e inequívoco de, entre otros, la existencia de un fichero, de la posibilidad de ejercitar sus derechos (con especial énfasis a los Derechos ARCO) y del responsable del tratamiento. Está recogido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Artículo 5.1 de la LOPD

*1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:*

- a. De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*
- b. Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*
- c. De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*
- d. De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*
- e. De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.*

En segundo lugar, el derecho de acceso (artículo 15 de la LOPD y artículo 27 RLOPD), es el aquel que permite al ciudadano conocer y obtener gratuitamente información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, es decir, que toda persona física pueda controlar por sí mismo el uso que se hace de sus datos personales, y en particular, el derecho a obtener información sobre si éstos están siendo objeto de tratamiento y, en su caso, la finalidad del mismo, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos.

Artículo 15 de la LOPD

1. *El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.*
2. *La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos.*
3. *El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrán ejercitarlo antes.*

En tercer lugar, el derecho de rectificación (artículo 16 de la LOPD y artículo 31 del RLOPD) se caracteriza porque permite corregir errores, modificar los datos que resulten ser inexactos o incompletos y garantizar la certeza de la información objeto de tratamiento.

Artículo 16.2 de la LOPD

Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.

En cuarto lugar, el derecho de cancelación (artículo 16 de la LOPD) permite que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos sin perjuicio del deber de bloqueo recogido en la LOPD, que en virtud del artículo 16.3 de la LOPD deberá únicamente conservarse a disposición de la Administración (véase ejemplo anteriormente explicado).

Artículo 16.3 de la LOPD

La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión

Finalmente, el derecho de oposición (artículo 34 del RLOPD) es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo.

Artículo 34 del RLOPD

El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario.
- b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.
- c) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este reglamento.

Tras ver una definición de los derechos ARCO (así como el derecho de información), se ha de establecer que en todos los ámbitos del sector audiovisual, se reconoce estos derechos. Asimismo, en la práctica, en el uso de un contrato de producción se recogen datos personales de las partes firmantes al

mismo, pudiéndose ejercitar cualquiera de estos derechos con los plazos legalmente fijados indistintamente de las fases de ejecución de la obra audiovisual.

En la diversidad de contratos que rigen el sector audiovisual (contrato de producción, de coproducción, de coproducción internacional, de edición, etc.) es frecuente el manejo de datos de carácter personal. Por ello, siguiendo el principio de información (artículo 5.1 LOPD) y de calidad del dato (artículo 3 LOPD), se incluye una cláusula de tratamiento de datos de carácter personal.

Ejemplo de cláusula a incluir en los diversos contratos

*Todos los documentos, informaciones, acuerdos, contratos y precontratos, quedando incluidos los correos electrónicos y todo tipo de comunicaciones para la realización de este contrato, así como cualquier conocimiento o información que pudiera tenerse sobre cualquiera de las dos partes o sus actividades son información completamente confidencial, por lo que deberá ser tratada con el más absoluto de los secretos, aun extinguida la relación contractual.*

*En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, le informamos que sus datos personales quedarán incorporados y serán tratados en los ficheros del \_\_\_\_\_ (modalidad del contrato, por ejemplo EDITOR) y del AUTOR, con el fin de poder mantener la presente relación contractual. Le informamos de la posibilidad de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición sobre sus datos de carácter personal solicitándolo por escrito junto a una fotocopia de su DNI en la siguiente dirección indicada en la cabecera del presente contrato.*

### **3. Uso imágenes en Televisión**

Otro de los sectores donde la protección de datos se ve más afectada son los usos de imágenes en los medios de radiodifusión (en especial con la Televisión). A continuación, establecemos, a través de la jurisprudencia, un análisis pormenorizado de los ejemplos que a nuestro juicio resultan más ilustrativos en esta materia:

- 1.** El Procedimiento de Tutela de Derechos TD/00535/2006 (iniciado por pretendida audiencia de atención a los derechos de acceso, cancelación y rectificación de datos de carácter personal de los

reclamantes, aunque también se incluían valoraciones sobre la posibilidad de usar las imágenes en los medios y si para esto es preciso la solicitud de autorización] y sancionador E/01177/2006 (por supuesta vulneración de los artículos 6, 7 y 11 de la LOPD). Es importante considerar la particularidad de que en este caso las imágenes habían sido tomadas de internet, pero que posteriormente habían sido manipuladas. Ambos procedimientos fueron archivados mediante resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 22 de agosto de 2007.

Frente a esas resoluciones de archivo se interpone por los reclamantes recurso contencioso-administrativo especial para la defensa de sus derechos fundamentales, siguiéndose el mismo con el número de procedimiento 1/2007 ante la Sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Ese recurso se resolvió mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 1 de octubre de 2008, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por los reclamantes, manifestando la Sala que la resolución de archivo de actuaciones dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 22 de agosto de 2007 no estaba suficientemente motivada.

Ese criterio es confirmado por la Sección séptima de la Sala tercera de Tribunal Supremo, de fecha 16 de diciembre de 2010, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional, y en la que se ordena *"la retroacción y dejando la sentencia libertad a la hora de apreciar, o no la existencia de vulneración de la Ley orgánica 15/1999, cualquier valoración incidental de la sentencia lo es a los efectos exclusivos de demostrar la procedencia de que por la Agencia se realice una mínima actividad conducente a depurar la denuncia formulada"* así como obligando y *"ordenando la retroacción de las actuaciones"* pero *"dejando plena libertad la administración a la hora de sancionar o no"* (fundamento de derecho sexto de esa Sentencia, página 8 de la misma).

**2.** De esa resolución judicial resulta la incoación de un segundo expediente sancionador (PS/00572/2011) frente al medio por presunta infracción del artículo 4.3 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que señala en su apartado c) que *"los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado"*, tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de dicha norma que considera como tal *"tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con*

*conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave"*, pudiendo ser sancionada con multa de 40.001 € a 300.000 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada LO, según la redacción dada por la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible y de aplicación en virtud con los establecido en el art. 182.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.

Dicho procedimiento se archiva mediante Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 7 de junio de 2012, al entender la AEPD que las infracciones imputadas estaban prescritas.

Frente a esa resolución se ha interpuesto por los reclamantes un segundo procedimiento contencioso, cuya sentencia está pendiente de resolución.

**3.** Finalmente, y en cuanto a las valoraciones sobre la necesidad, o no, de recabar el consentimiento de los titulares de los datos (imágenes), para su uso en tv, construimos una teoría en base contenido del considerando 17 de 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 los datos personales y la libre circulación de mercancías, que establece que *"en lo que respecta al tratamiento del sonido y la imagen aplicados a fines periodísticos o de expresión literaria o artística, en particular en el sector del audiovisual, los principios de la Directiva se aplican de forma restringida, según lo dispuesto en el art. 9"*, así como en base al contenido de ese art. 9 (*"tratamiento de datos personales y libertad de expresión"*, establece que *"en lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV, y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión"*). Igualmente sostenemos que aunque la LOPD no establece ninguna previsión específica al respecto (ni el Reglamento tampoco), siendo un derecho del art. 18 CE enfrentado a un derecho del art. 20, serían igualmente aplicables, por analogía, los principios generales contenidos en el art. 20 CE, y la misma encontró el respaldo de la AEPD.

#### 4. Referencia a las obras fotográficas

Tal como hemos visto anteriormente, la importancia de la LOPD sobre los diversos sujetos que intervienen en el sector audiovisual, se proyectan sobre los Derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

En clara conexión con este punto, es inexcusable conectar estos derechos sobre las obras fotográficas. Pese a que puramente su conexión clara está con la propiedad intelectual, no es infrecuente la difusión a través de medios audiovisual (tal como veremos en el anterior punto), de ahí que sea esencial hablar sobre los derechos de propiedad intelectual, conectado con la protección de datos y la comunicación audiovisual.

Pues bien, para no teorizar en exceso consideramos esencial establecer un caso puramente práctico: supongamos que un caso hipotético que podría ser perfectamente válido. Un fotógrafo profesional, el cual guarda un libro o *book* (conocidos bajo ésta última nomenclatura inglesa) de fotos que ha tomado a una serie de modelos (pudiendo ser profesionales o no) el cual es difundido a través de medios audiovisuales (televisión o internet – bajo una proyección extensiva de la definición de sector audiovisual-)

En virtud de la LOPD (en sus artículos 15 y 16) se les reconoce tanto el Derecho de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición. No obstante, si hay un derecho que trae mayor problemática en este supuesto es el derecho de cancelación. Por ejemplo, ante una eventual solicitud de una de las modelos para la supresión y / o destrucción de una fotografía incluida en el *book* traería una confrontación entre dos normativas distintas: la propiedad intelectual (con su máximo exponente normativo: la Ley de Propiedad Intelectual), confrontando con la protección de datos (con la Ley Orgánica de Protección de Datos). En particular, con el derecho del autor sobre su obra, reconocido en la Ley de Propiedad Intelectual (y, en particular, en los artículos 1, 2, 4, 10.h, 14 y 17). Por otro, con el de cancelación de los datos de carácter personal reconocido en el artículo 16.1 LOPD y el 23 del reglamento.

Aunque recientemente, la Sentencia del STUE de 29 de enero de 2008 (Caso Promusicae – Telefónica) resolvió sobre un caso similar de confrontación de estos dos derechos, consideramos que en el caso que estamos analizando sí pueden encontrarse ambos derechos por medio de una reinterpretación del artículo 3b del reglamento: *“Cancelación: Procedimiento en virtud del cual el responsable cesa en el uso de los datos. La cancelación implicará el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles*

*responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de dichas responsabilidades. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos”.*

Trayendo a colación la interpretación de la doctrina, podemos indicar los siguientes matices sobre este artículo 3b del Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos:

(1) El legislador ha querido dar preferencia a la aplicación del derecho de protección de datos, determinando que en todo caso los datos han de ser finalmente suprimidos tras concluir el periodo de bloqueo.

(2) Dicho bloqueo de los datos de carácter personal tiene lugar cuando del tratamiento de los datos hubieran nacido responsabilidades, es decir, cuando la destrucción de los datos pudiera vulnerar derechos de terceros surgidos del tratamiento, se adoptará siempre la medida del bloqueo.

En el caso de obras fotográficas, la recogida de datos se produce en el momento de la captura de la imagen, siendo todo el proceso posterior a éste, parte del tratamiento (revelado, reproducción, visionado, venta, exposición, etc.). Precisamente, del tratamiento del dato surge el derecho de propiedad intelectual del autor sobre su obra, es decir, primero surge la protección de los datos personales (a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos) y posteriormente el derecho de autor (a través de la Ley de Propiedad Intelectual). Ante una solicitud de un modelo solicitando el ya indicado derecho de cancelación de un dato de carácter personal en forma de imagen (artículo 5.f RLOPD), se debe aplicar, al amparo del 5.b del RLOPD, la figura del bloqueo hasta que deje de existir el conflicto de derechos ): *“(...) la cancelación implicará el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales (...)”*, así como también del artículo 16.3 de la LOPD: *“la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión”*.

En ese momento, si pudiese seguir aplicándose la normativa de protección de datos por existir un derecho de protección de datos, la fotografía tendría que ser destruida. Este momento llegará cuando cese alguno de ellos. Para saber con certeza cuál prevalecerá deberemos realizar una ponderación de

derechos, necesitando obligatoriamente que analizar cuál de los dos derechos propiedad intelectual o protección de datos, desaparece primero:

- (1) Derecho de propiedad intelectual:
  - o Derechos patrimoniales: toda la vida del autor y setenta años más después de su muerte (según el cómputo general del artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual).
  - o Derechos morales: algunos se extinguen con la muerte del autor pero otros perduran para siempre, unidos a la obra.
- (2) Derecho de protección de datos: prevalece durante toda la vida de la persona física (ámbito objetivo de aplicación de la LOPD y su Reglamento). La normativa de protección de datos no es aplicable a las personas fallecidas, por lo que su derecho se extingue (artículo 2 del RLOPD: *"este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas. No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos"*).

Por tanto, tras este análisis a través de la ponderación de los derechos podemos concluir que: mientras el Derecho de Propiedad Intelectual puede llegar a durar eternamente, el de protección de datos desaparece con el fallecimiento de su titular. Así pues, el fotógrafo profesional, deberá bloquear la fotografía hasta que desaparezca el conflicto de derechos (ese momento llegará con el fallecimiento de la modelo). Durante ese tiempo la fotografía deberá permanecer inaccesible. De esta forma se respeta el derecho de la titular de los datos y no se dañan -en exceso- los del autor.

*Aclaración: tras la muerte de la modelo, cabría considerar por parte de sus herederos si el desbloqueo de los datos vulnera el derecho fundamental al honor del 18 de la Constitución.*

##### **5. Problemas de privacidad en la "Connect TV"**

Al hablar de la protección de datos en el sector audiovisual es necesario conectarlo con la privacidad de los actuales nuevos modelos de televisores conectados a internet (también conocidas como "Smart TV").

Continuando con la dinámica del trabajo, es esencial realizar la explicación siguiendo un ejemplo práctico. Actualmente, leyendo las condiciones del usuario de estas televisiones conectadas a internet, podemos la ausencia total de privacidad sobre el usuario final. Por ejemplo, en la televisión conectada

de la marca LG, podemos observar que nos van ofreciendo anuncios en función de los nuestros gustos. Lógicamente, para que te ofrezcan esos anuncios está fuera de toda duda jurídica y/o tecnológica que previamente deben haber recopilado cierta información de cada cliente, realizada a través de controles de seguimiento.

Aparte de los problemas éticos y de privacidad que conlleva la vigilancia de usuarios y ciudadanos (en este caso, además, el consumidor ha pagado por tener un televisor y no tendría por qué estar obligado a ver anuncios innecesarios), los Smart TV de LG ofrecen una funcionalidad que permite desactivar el sistema de recopilación de datos. El problema es que esta opción está activada por defecto (si el usuario no sabe que existe este sistema, acepta automáticamente enviar sus datos sin previo consentimiento) y, lo que es aún más grave, el televisor sigue recopilando información incluso después de desactivar dicha funcionalidad. Además, no es fácil encontrar esta opción en el menú. Es decir, bajo la óptica de la protección de datos, se está efectuando un tratamiento de protección de datos en virtud del artículo 3.b de la LOPD.

#### Artículo 3.b LOPD

*Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias*

Es decir, cada vez que el espectador cambia de canal, el Smart TV registra y envía información acerca de las preferencias del usuario sobre los programas, sus búsquedas y hábitos online (también registra las palabras claves de búsqueda) y otros tipos de datos que podrían ser relevantes para desarrollar anuncios personalizados.

Según el vídeo corporativo de la marca, "el sistema Smart Ad de LG propone anuncios, por ejemplo, de trajes de hombre para un usuario de sexo masculino, de maquillaje o perfumes para las mujeres. Además, Smart Ad de LG crea unos informes para que los anunciantes puedan verificar la eficacia de sus campañas publicitarias". Es decir, la marca que vende esta cesión de tu privacidad por funcionalidad, pero sin recabar ni el consentimiento expreso e inequívoco de los usuarios (que por ende son consumidores).

Asimismo, el Smart TV registra toda la información en formato simple y sin encriptación. Tras como hemos visto anteriormente, queda fuera de toda duda la transferencia internacional de datos, y dicha transferencia se hace sin establecer unas medidas de seguridad necesarias que garanticen (si es que es posible) el tratamiento de datos en otros estados fuera del estado de origen.

Otro punto que la doctrina especializada ha criticado es el acceso a los puertos USB de estos televisores. Los televisores conectados (Smart TV) pueden ver los nombres de los archivos que contienen los USB que se conectan a los televisores, de esta forma podría conseguir saber si existe por ejemplo material pornográfico o archivos descargados ilegalmente en el USB.

Ante todos estos problemas de privacidad, ausencia de seguridad y recopilación de datos personales, empresas del sector (véase LG o Samsung) consideran que quien compra un televisor acepta los términos de uso y autorizan a la recopilación de datos. A nuestro juicio, el consumidor es el eslabón más débil de la cadena y poco puede hacer al respecto salvo dejar de comprar estos productos.

Esta era la advertencia que hasta hace unos meses mostraban las políticas de privacidad de Samsung:

*"Por favor, tenga en cuenta sus palabras con información confidencial personal o de otra índole, porque esta información será capturada y transmitida a un tercero para el uso de reconocimiento de voz"*

Ahora las políticas de privacidad son más largas, aunque no necesariamente más claras:

*"Si habilita el reconocimiento de voz, se puede interactuar con su Smart TV con la voz. Para proporcionarle la función de reconocimiento de voz, algunos comandos de voz interactivos pueden ser transmitidos (junto con información de identificación del dispositivo) a un proveedor de servicios de terceros (en la actualidad, Nuance Communications Inc.) que convierte los comandos de voz interactivos a texto en la medida necesaria para proporcionar las características de reconocimiento de voz. Además, Samsung puede recopilar y su dispositivo puede capturar comandos de voz y textos asociados, para poder ofrecer mejoras en las funciones de reconocimiento de voz. Samsung recopilará comandos de voz interactiva sólo cuando usted hace una petición de búsqueda específica para la televisión inteligente haciendo clic en el botón de activación, ya sea en el control remoto o en la pantalla, y cuando habla por el micrófono en el control remoto"*

No está del todo claro si los micrófonos pueden capturar conversaciones que estén sucediendo en el salón. Samsung dice que no "monitoriza" lo que se dice en el salón, pero la pregunta sigue siendo si puede grabarlo, aunque sea de forma inadvertida.

Samsung no es la única empresa que escucha a sus usuarios. Microsoft a través de la Xbox One tiene una característica similar y otras empresas del sector como Phillips o la ya citada LG también.

Estas empresas han sido consultadas sobre su política de privacidad por diversas asociaciones de consumidores. El director general adjunto de privacidad de la empresa Rechen Herault recientemente dijo "*Nuance respeta la privacidad de sus usuarios en el uso de datos de voz. Nuestro uso de tales datos se limita al desarrollo y mejora de nuestro reconocimiento de voz y tecnologías de comprensión del lenguaje natural. Como se indica en nuestra política de privacidad, terceros trabajan bajo contrato con Nuance, conforme a estrictos acuerdos de confidencialidad, para ayudar a Nuance a confeccionar y entregar el servicio de reconocimiento de voz, y para ayudar a Nuance a desarrollar, ajustar y mejorar sus productos y servicios. Nosotros no vendemos los datos de voz para marketing o publicidad*"

Samsung reconoció que los dispositivos que cuentan con reconocimiento de voz envían a otra empresa los registros, es decir, están cediendo datos a empresas que se encargan del tratamiento de datos de carácter personal. Véase la importancia que LOPD otorga al contrato de encargado de tratamiento por cuenta de terceros, que aquí es vulnerado por completo.

#### Anexo de Smart TV - Samsung

*"Para que pueda disfrutar de la función de reconocimiento de voz, algunos comandos de voz podrán transmitirse (junto con información relativa a su dispositivo, como los identificadores del mismo) a un servicio externo que convierte la voz en texto o en la medida necesaria para poder proporcionarle las funciones de reconocimiento de voz*

Debe tener en cuenta que si las palabras que dice incluyen información personal o confidencial de cualquier tipo, esta información se incluirá en los datos capturados y transmitidos a un tercero cuando usted utilice el reconocimiento de voz." Es decir que todo lo que el televisor registre mientras está funcionando el sistema de reconocimiento de voz será enviado a un tercero que el usuario no conoce.

Según este texto, el proveedor del "servicio externo" puede identificar el dispositivo y, de esa forma también, podría llegar hasta el usuario o, al menos, su comprador. Tal como hemos visto, están cediendo datos a terceros sin el consentimiento del titular de los datos, conducta estipulada como grave en el artículo 44.3.k de la LOPD (con una sanción de 40.001 a 300.000 euros, según el artículo 45.2 de la LOPD).

Artículo 44.3.k LOPD

*k) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave.*

En el artículo cinco de la LOPD se indica que "el tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias", es decir, que se exige el consentimiento del usuario el cual ha de ser por escrito. Sin embargo, en el artículo sexto, se aclara que "cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa y clara (...) quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios".

Después de diversas denuncias, LG ha admitido que algunos de sus televisores inteligentes recopilan información sin consentimiento del usuario. Incluso en una respuesta dada por LG al investigador Graham Culey, hacen referencia a que se está preparando una actualización de firmware para corregir lo más pronto posible este problema en todos los televisores inteligentes LG afectados.

## **6. Concursos, juegos y sorteos de televisión**

En el sector audiovisual existen otras cuestiones horizontales relacionadas directamente con el sector. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) también tiene que velar por la protección de los datos personales ante el uso de éstos por parte de los difusores (o productores relacionados) en el ámbito de concursos y servicios similares que usan la difusión audiovisual clásica como base de la actividad.

Es por ello que la Agencia de Protección de Datos tiene conocimiento de que desde hace años han proliferado en los medios televisivos un gran número de formatos a través de los cuales se recaba la participación pública, lo que en ocasiones puede suponer la recogida indiscriminada de datos personales de la

audiencia. Este tipo de actividades deberían siempre llevar asociado el establecimiento, por parte de todas las entidades implicadas, de las garantías adecuadas que permitan asegurar que el tratamiento de tales datos no menoscaba en el ciudadano el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la protección de sus datos de carácter personal, tal y como lo consagran las sentencias del Tribunal Constitucional 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Agencia Española de Protección de Datos, ha analizado alguno de los ficheros relativos a este tipo de programas. Algunas líneas básicas de esta inspección son que:

- La inscripción de ficheros con datos de concursantes revelaba su intervención en la producción de este tipo de programas, pero también la cesión a terceras empresas para el uso de estos datos para incluirlos en futuros procesos de selección de concursantes.
- En estos ficheros se incluía datos referidos tanto a personas que intervienen de forma presencial como a aquellas otras que participan por vía postal, telefónica (incluyendo el envío de mensajes cortos SMS) o a través de Internet.
- Junto con los programas concebidos fundamentalmente como concursos o juegos de participación de la audiencia, existen otros más generales, de los que se habían declarado ficheros con datos de personas, generalmente niños, asociados para formar parte de clubes promotores de actividades diversas (culturales, deportivas, ocio), los cuales pueden utilizar los datos de los miembros o socios para el envío de publicidad de las entidades patrocinadoras.
- Se consideraron también otros programas que no eran siempre concursos pero que, con el reclamo de un premio a sortear entre los participantes, sondeaban la opinión de la audiencia al respecto de cuestiones diversas, obteniendo para ello sus datos personales (asociados, por tanto, a la opinión manifestada). Algunos de éstos utilizan la vía de los mensajes cortos SMS para obtener estas opiniones.
- En la inscripción de los ficheros relacionados con determinados concursos que implican la convivencia de los participantes se hacía constar que contienen datos de los que la LOPD considera especialmente protegidos, en particular, relativos a la salud y vida sexual.
- La AEPD también detectó que la recogida de estos datos se hacían a través de líneas de tarificación adicional (generalmente 906), siendo estas líneas reguladas la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, del

Ministerio de la Presidencia, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones. Las líneas de tarificación adicional son atendidas por compañías especializadas en la prestación de servicios de *audiotex*, y que almacenan en sus propios servidores las grabaciones de audio con los datos facilitados telefónicamente. La locución está orientada a que facilite sus datos, los cuales suelen consistir en: nombre y apellidos, número telefónico de contacto, edad y población de residencia, aunque en ocasiones también se recaban datos sobre domicilio, estado civil y número de D.N.I.

- Otras de las vías utilizadas son (aunque ya minoritaria) el envío de mensajes cortos (SMS) a través de telefonía móvil. Al igual que con los servicios de *audiotex*, es generalmente la cadena de televisión la que contrata estos servicios con la compañía titular de un número corto de los denominados "*premium*", que a su vez ha suscrito contrato con las operadoras de telefonía móvil que actualmente disponen de licencia en nuestro país. De esta forma cualquier usuario puede remitir mensajes cortos desde su terminal móvil al citado número, siendo recibidos en la "*plataforma de mensajería*" de la propia titular del número, donde quedan almacenados en función del número telefónico remitente. Esta misma vía se ha utilizado también en alguna ocasión como alternativa para recabar datos de los interesados en participar en el "casting" de un concurso recogiendo datos análogos a los anteriores.

- Asimismo, es esencial hablar del siguiente caso. Una compañía musical, lanzó un concurso (para seleccionar a un presentador) a través de internet. A través de un formulario recababan un extenso número de datos personales (nombre y apellidos, D.N.I., dirección completa, sexo, fecha de nacimiento, número de teléfono, dirección electrónica, características físicas, estudios, profesión, disponibilidad, experiencia televisiva, opiniones y preferencias musicales). Se recogieron más de 12.000 interesados/as en participar en un proceso de selección de presentadores del canal temático asociado al citado formato televisivo. Estos datos sirvieron posteriormente de base para elegir y convocar a los candidatos más idóneos.

- Finalmente, dentro de las iniciativas que tienen mayor implantación en las televisiones (tanto públicas como privadas), cabe

citar la organización de programas orientados al público infantil, que llevan asociada la creación de un club de socios cuyos fines son la promoción de actividades culturales y de ocio, con la consiguiente celebración de sorteos y concursos entre los miembros del club. Generalmente la inscripción en el club puede realizarse por correo postal, a través de Internet o a través de cupones que aparecen en publicaciones escritas. Se ha observado que en ocasiones los datos del socio se recaban con la intención de ser utilizados con fines comerciales, pero aquí hay que alertarse de la recogida de datos personales de menores (siendo considerados por el artículo 7 de la LOPD como datos especialmente sensibles y teniendo que implantar un nivel de seguridad alto).

En lo relativo a la celebración de los sorteos, generalmente interviene un notario, aunque no siempre de la misma forma. Cuando la participación tiene lugar a través de una línea 906, el notario suele personarse en el lugar en que se han almacenado las grabaciones de audio y el sistema informático facilita "*aleatoriamente*" una relación de posibles ganadores, de la que el notario extrae al elegido. Cuando la participación tiene lugar a través de mensajería móvil, la compañía de servicios remite al notario un soporte informático conteniendo el texto íntegro de los mensajes recibidos y el número de teléfono remitente. Este soporte es posteriormente devuelto a la compañía de servicios para su custodia.

La cuestión que más nos preocupa es que ninguna de las compañías que trabajan en las alternativas anteriores recoge los datos cumpliendo las premisas de la LOPD. Quizá uno de los incumplimientos más generalizados de la LOPD que se han detectado consiste en la incompleta información que se facilita al ciudadano en el momento de recabar sus datos personales. Así, las locuciones utilizadas en los sistemas *audiotex* no incluyen en muchos casos referencias a los extremos previstos en el apartado 1 del artículo 5 de la Ley Orgánica (derecho de información al titular de los datos personales). De esta forma, las personas que facilitan sus datos al sistema automático no tienen conocimiento del destino final que se dará a los mismos, tanto si participan en un sorteo como si lo hacen en un proceso de selección de concursantes; y aquí es totalmente esencial recordar que la recogida de datos en estas plataformas supone un tratamiento de datos de carácter personal.

De la misma forma, puede decirse que los mensajes cortos remitidos por teléfono móvil, que se almacenan junto con el número llamante, constituyen en sí mismos datos personales, de acuerdo con la definición incluida en la LOPD,

que comprende "*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*". Así, el mero hecho de disponer de ese número telefónico permitiría al destinatario del mensaje determinar quién ha manifestado una determinada preferencia al votar, sin más que telefonar a ese número (este criterio ha sido ratificado por la Audiencia Nacional en sentencia de 8 de marzo de 2002 (procedimiento ordinario 948/2000)).

Asimismo otro atisbo de vulneración deriva de la ausencia de información respecto al responsable del tratamiento de datos, de cuya identidad y dirección es preciso informar en el momento de la recogida de los datos. Como ya se ha mencionado, las compañías que prestan los servicios de *audiotex* en acciones comerciales que llevan asociado un sorteo suelen ser contratadas por las cadenas de televisión. Sin embargo, no siempre le queda claro al participante a quién corresponde la responsabilidad del fichero al que se incorporarán sus datos personales, dado que las locuciones utilizadas no informan adecuadamente a este respecto. De forma análoga sucede cuando dichos servicios se aplican a procesos de selección de concursantes, siendo contratados los servicios en tales casos por la productora del concurso. Lo que sí resulta evidente, a la vista de todo ello, es que cuando el ciudadano realiza su llamada telefónica se puede sentir indefenso al no tener conocimiento de los destinatarios concretos de los datos que facilita (la productora, la compañía de televisión o la propia compañía de audiotex), ni de la finalidad con la que podrían ser tratados al margen de la que justifica la llamada.

Pero esta ausencia de información es aún más gravante a través de los mensajes cortos (SMS) donde en ningún caso conocido por la Agencia ni por la Doctrina, la compañía informa de la recogida de los datos al titular de los datos. Y algo parecido sucede cuando la selección de concursantes o participantes se realiza por correo postal.

Es por ello que hay que indicar una serie de recomendaciones esenciales para erradicar la indefensión de los titulares de los datos:

1. Información en el momento de recogida de los datos (tal como exige el artículo 5 de la LOPD).
2. Consentimiento del titular al tratamiento de datos de carácter personal (tal como exige el artículo 6.1 de la LOPD).
3. Los datos recogidos no podrán ser excesivos, siendo pertinentes y adecuados (artículo 4.1 LOPD).
4. La finalidad de utilización de los datos, ha de ser la informada en el momento de la recogida y no de otra distinta. A este precepto hay que añadir

que se ha de erradicar la cesión de datos sin consentimiento expreso e inequívoco del titular de los datos.

5. Asimismo hay que garantizar los derechos ARCO. En especial hay que recordar que en virtud del artículo 4.5 de la LOPD la empresa que trate los datos ha de cancelar los datos cuando han dejado de ser necesarios para la finalidad que fueron recabados.

6. El tratamiento de datos por cuenta de terceros, obligatoriamente ha de estar regulado por los requisitos que exige el artículo 12.1 LOPD: por escrito, mediante un contrato, indicando las medidas de seguridad.

7. De conformidad con lo establecido por el artículo 33 de la LOPD, no podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la Ley Orgánica.

8. Finalmente han de implementarlas medidas necesarias para el tratamiento seguro de los datos. En virtud del artículo 9 de la LOPD, el responsable del fichero y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal.

## **7. Resoluciones aplicables al sector audiovisual**

Asimismo, es esencial establecer en este apartado (conjuntamente con las ya indicadas) algunas de las resoluciones más destacadas de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en materia de protección de datos vinculados con el sector audiovisual:

1. Resolución 1296/2012: dos personas denuncian a Telecinco y Europortal Jumpy España, por su participación en la difusión de unas imágenes suyas en el programa de televisión "*Aquí hay tomate*", así como en su sitio web. Las imágenes consistían en unas fotografías tomadas subrepticamente por un *paparazzi* durante sus vacaciones. Dichas fotografías, fueron manipuladas haciendo desaparecer el traje de baño de los anunciantes y haciéndoles aparecer cuál si estuviesen completamente desnudos. Finalmente la AEPD procede a archivar este procedimiento sancionador debido a que las fotografías se encontraban alojadas en una página web dedicada a este tipo de montajes, y la Agencia entendió que era público y notorio que esas fotografías habían sido manipuladas, así como la fácil conexión con la página web.

2. Sentencia de la Audiencia Nacional 5744/2008: en esta Sentencia, los demandantes (que son actores) anteriores interponen recurso ante la Audiencia Nacional dado que consideran que la resolución de la AEPD no se ajusta a derecho. En nuestro país la STC 14/2003, de 30 de enero, entró de lleno en esta cuestión. El Tribunal Constitucional tras recordar que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen proclamado en el art.18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas. Desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal esta Sentencia del Tribunal Constitucional considera que la fotografía es un dato de carácter personal sujeto al régimen legal de protección, doctrina extensible a todos los medios de reproducción de imagen. La AN establece que *"es indudable la divulgación"* y que *"ello supone un tratamiento de datos personales por parte de Telecinco"*. Según indica la Audiencia, parece que la razón de fondo la ostenta la Agencia dado que considera que el tratamiento de los datos efectuado, sin el consentimiento de los afectados, estaría amparado en la libertad de expresión reconocida con carácter general en el art. 20 de la Constitución Española y, en relación con el derecho fundamental a la propia imagen, en las excepciones contenidas en el art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982.

No obstante hay que indicar que tanto la libertad de expresión como el derecho a la propia imagen entendida aquí como dato de carácter personal, forman parte de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, sin que se establezca entre ellos ninguna jerarquía. Serán las circunstancias concretas de cada caso las determinantes de la prevalencia de uno u otro derecho. Para ello se ha de atender a la naturaleza de la información que se facilita, la finalidad perseguida, el medio utilizado, el número de destinatarios posibles, la existencia de intereses generales en la obtención de ese tipo de información y su afectación al derecho a la propia imagen en su manifestación de autodeterminación informativa. Pues bien, partiendo de estos criterios de ponderación, no suscita ninguna a la AN que en este caso concreto la divulgación de las fotografías manipuladas de los actores, haciendo aparecer falsamente desnuda en lugares públicos a través de televisión y de Internet no está amparada por la libertad de expresión reconocida en el art. 20 de la Constitución Española ni tiene

encaje en ninguna de las excepciones recogidas en el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982.

La Agencia Española de Protección de Datos de Carácter Personal tiene como principal función (art. 37.a de la LOPD) la de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos. Tiene por tanto el deber jurídico de actuar en los términos previstos en la citada Ley, lo que conlleva en un caso como el enjuiciado, en el que estamos en presencia de posibles infracciones tipificadas en la LOPD, la obligación de abrir el procedimiento sancionador que corresponda. Su inactividad, acordando el archivo de la denuncia, no está justificada como ya hemos visto ya que ni están amparados los tratamientos de datos efectuados en el consentimiento de los afectados, ni en la libertad de expresión ni en las excepciones contempladas en el art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982 .

En su consecuencia, el acuerdo de archivo de las actuaciones iniciadas como consecuencia de denuncias presentadas contra las compañías es contrario al ordenamiento jurídico y lesivo del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Procede, por tanto, estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo ordenando a la AEPD incoar el correspondiente procedimiento sancionador, sin prejuzgar este Tribunal el resultado del mismo, rechazando el resto de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda por las razones expresadas en el fundamento tercero de esta sentencia.

3. Resolución del expediente 1094/2006: el reclamante interpuso denuncia contra Gestevisión Telecinco y Europortal Jumpy España ante la AEPD por la difusión de comentarios e imágenes relativas a su persona en el programa "*Aquí hay tomate*". Telecinco y Europortal Jumpy alegan de manera muy similar en que el artículo 20.1 CE y el 8 de la Ley 1/1982, sobre derecho civil al honor, que excepciona la necesidad de obtención del consentimiento de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, y en el caso que nos ocupa la notoriedad es indiscutible. La AEPD responde en la presente resolución que la expresión "*cualquier medio*" recogida en los preceptos constitucionales permite admitir todo medio capaz de realizar dicha reproducción o difusión. La falta de especificación, hace que sea admisible cualquier procedimiento de divulgación debiendo solo aplicar una interpretación restrictiva fundada en la protección de otros derechos constitucionales. El Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia 12/1982

declaró que *"no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprenden en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible"*. En el presente caso, la difusión de manifestaciones en relación al denunciante no implicarían ninguna vulneración a la LOPD, esto es, en relación al tratamiento de los datos de carácter personal del denunciante. No obstante, se podría estar vulnerando otra normativa vigente en la que la AEPD no es competente.

4. Resolución de E/00028/2007: los reclamantes interponen denuncia contra Europortal Jumpy España, Televisión, Hachette Filipacchi, y Multiediciones Universales, en base a cuatro fotografías tomadas en la terraza de su domicilio y posteriormente difundidas por los medios televisivos. En ambos escritos, los denunciante reclaman así mismo contra las citadas compañías por no haber atendido su solicitud de acceso, tutelándose por la Agencia el derecho de los reclamantes a través de los procedimientos TD/00056/2007 y TD/00057/2007, respectivamente. En relación al consentimiento de las personas que son objeto de investigación periodística, para el tratamiento de sus datos de carácter personal, Europortal Yumpy España, ha manifestado que *"a los efectos de las actividades objeto de información, resulta de aplicación preferente el art. 20.1 a) de la Constitución Española y el art.8 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que excepciona la necesidad de obtención del consentimiento de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública"*. Hachette Filipacchi por su parte alega que aparecen publicados en las revistas del Grupo sin que posteriormente se realice tratamiento alguno de datos personales. La AEPD a expresión *"cualquier medio"* recogida en los preceptos constitucionales transcritos, permite admitir todo medio capaz de realizar dicha reproducción o difusión. La falta de especificación hace que sea admisible cualquier procedimiento de divulgación, debiendo sólo aplicar una interpretación restrictiva fundada en la protección de otros derechos constitucionales. En el presente caso, la difusión de la imagen de los denunciante obtenida en la terraza de su domicilio particular, no implicaría ninguna vulneración a la LOPD, esto es, en relación al tratamiento de los datos de carácter personal de los denunciante. Ello sin perjuicio de la vulneración a otra normativa de la

que la Agencia Española de Protección de Datos no es órgano competente para resolver sobre las infracciones que pudieran haberse cometido.

## 8. Conclusiones

Tal como hemos visto anteriormente, los problemas de protección de datos y privacidad no están exentos en el sector audiovisual. Los cambios y desarrollo de nuevos modelos hacen que se recojan datos para ofrecer un servicio personal y comportamental al usuario.

Por ello, hay que indicar que algunas recomendaciones:

- Los medios de comunicación no se pueden albergar en el derecho de información o de notoriedad pública para difundir imágenes de personas en ámbitos puramente privados.
- Los fabricantes de televisiones conectadas a internet, deben informar así como recabar el consentimiento de los usuarios para el tratamiento de sus datos para ofrecer un servicio personalizado al mismo. Asimismo, de erradicar algunas prácticas abusivas de seguimiento de la privacidad de los usuarios; y finalmente, tratar los datos en países con un nivel de protección adecuado (siendo análogo a España) eliminando transferencias internacionales fuera del ámbito europeo.
- Los derechos ARCO también se han de reconocer en todas las frases de creación, edición o difusión de una obra audiovisual.
- Todos los prestadores de servicios y medios de comunicación audiovisual, han de implantar las medidas necesarias para garantizar un tratamiento seguro de los datos personales.
- La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) debería velar por el cumplimiento de todas estas premisas, y sobre todo, incidir sobre la conexión a internet de empresas fabricantes de Smart TV´s.
- También hay que ser cuidadosos en la recogida y el tratamiento de datos personales en medios audiovisuales cuyas finalidades son los concursos y/o sorteos. Se deberá establecer obligatoriamente una comunicación previa en la que se informe sobre la recogida, el tratamiento, la cesión (en su caso), así como los medios para ejercitar los derechos ARCO.

**9. Bibliografía**

MOREIRAS, MIGUEL. *"La Protección Jurídica de la Obra"*. Editorial AI, 1995.

ENRICH, ENRIC. *"La obra audiovisual"*. Editorial copyrait.

ENRICH, ENRIC. *"Coproducción internacional: aspectos jurídicos"*. Editorial copyrait.

GAVARA DE CARA, SANTIAGO. *"La autorregulación de los medios de comunicación como sistema de control"*. Editorial Bosch Internacional, 2013.