

# La privacidad ante las nuevas técnicas publicitarias. La apuesta de la autorregulación

POR JOSÉ DOMINGO GÓMEZ CASTALLO

*Se describen las peculiaridades de la publicidad en los nuevos medios digitales de comunicación y se exponen las principales herramientas y medidas existentes en la actualidad para su control, entre los que suscitan un creciente interés los mecanismos de autorregulación.*

## Palabras clave:

Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC), Internet, Publicidad, Regulación.

## Abstract:

This article lays out the peculiarities of advertising in new digital media, explaining the main tools and techniques used today to control advertising in this context. Among these, the author claims, is a growing push for self-regulation.

## Keywords:

New Information and Communications Technologies (NICT), Internet, Advertising, Regulation

La publicidad ha financiado total o parcialmente los medios de comunicación. Por su parte, los



consumidores conocen y aceptan el pacto 'contenidos gratuitos a cambio de publicidad'. Incluso muchos consumidores están dispuestos a aceptar publicidad o ceder datos y privacidad a cambio de recibir gratuitamente servicios sin tener que pagar por ellos (telefonía, acceso a Internet, hardware, software, productos audiovisuales, música, contacto social, etc.). Hay empresas que ofertan sus servicios en modalidad de pago o, alternativamente, en modalidad gratuita a cambio de una contraprestación en forma de publicidad o/y de entrega de datos o información relevante.

## La publicidad impulsa y financia el desarrollo digital

La importancia de la publicidad se hace especialmente patente en el medio Internet; vemos cómo el desarrollo de Internet y de los medios digitales se está financiando fundamentalmente con publicidad. La publicidad es básicamente aceptada y se convierte en la gran oportunidad para el crecimiento de Internet, la innovación en prestaciones, servicios y herramientas, muchas de ellas utilizables sin coste para el usuario.

En un mercado en crisis, donde la inversión publicitaria tiene tendencias bajistas, son precisamente los medios digitales los únicos que registran ascensos (espectaculares, en algunos casos). Y esto no es más que la consecuencia de la migración de audiencias de unos medios a otros.

## Un nuevo escenario para la publicidad gracias a los medios digitales

La publicidad tradicional se ha caracterizado por ser masiva, generalizada y unidireccional. También en los orígenes de Internet (Web 1.0) era así.

La nueva publicidad digital, basada en soportes y formatos digitales permite, por sus características tecnológicas, la segmentación (individualización) y la interactividad (comunicación bidireccional) con sus receptores. El *spot* se transforma en comunicación personal. La publicidad social, comportamental, viral, soportada en herramientas de geolocalización, integrada en vídeos o los *advergames* son algunas de estas nuevas formas.

Las grandes utilidades de la publicidad digital se derivan de la capacidad para manejar de forma masiva información personal. Cualquier actividad on line puede ser útil para recabar información (datos personales, de navegación, comportamentales, imágenes, creaciones, etc.). Una nueva actividad, la minería de datos, capaz de rentabilizar los yacimientos de información digital, se pone al servicio del *marketing*. A partir de la información y de los datos captados se puede suministrar publicidad contextualizada, segmentada e incluso personalizada en medios de comunicación digitales, *websites*, redes sociales, buscadores, telefonía móvil, etc.

En la práctica, y en la medida en que la mayoría de los contenidos y medios convencionales son accesibles desde los diferentes soportes con acceso electrónico (telefonía móvil, televisión,

Internet, etc.), todos ellos se transforman en medios digitales (publicidad exterior, periódicos, revistas, etc.).

## **Sin embargo, surgen inquietudes sobre esas técnicas**

En los medios y soportes convencionales, el consumidor diferenciaba fácilmente la publicidad del resto de contenidos. Estaba acostumbrado a los formatos publicitarios. También en los medios digitales el consumidor debería poder distinguir entre publicidad y contenidos, aunque los formatos estén cambiando continuamente. Sin embargo, en ocasiones la comunicación comercial digital puede aparecer integrada en otro tipo de contenidos (informativos, de debate, relacionales, de ocio -videojuegos-, etc.), con los que cabe la confusión.

Aunque estos nuevos servicios y prestaciones digitales, cuando se hacen de forma respetuosa con los consumidores, son básicamente aceptados (los datos de inscripciones y registros de usuarios son abrumadores), es cierto que se han suscitado inquietudes con la publicidad en Internet y los medios digitales. Las principales se referirían a:

- El consentimiento para el tratamiento de datos personales: algunos datos son suministrados voluntariamente; otros pueden ser recolectados sin conocimiento ni consentimiento del titular.
- El alcance del consentimiento para la utilización publicitaria y comercial de los datos personales e información facilitados: a veces ese consentimiento no es claro, fácilmente accesible y/o suficientemente informado.
- Confusión con otros contenidos digitales (eventual publicidad encubierta).
- El acceso y uso por terceros de información y de perfiles personales.
- La forma, lugar y momento para solicitar su consentimiento (ubicación de las políticas de privacidad, idioma, etc.).
- Menores de 14 años: control de su edad y consentimiento; verificación de la autorización paterna a la prestación del consentimiento de menores de 14 años; limitaciones de acceso a sus perfiles por parte de terceros.
- Acceso y utilización de datos o contenidos protegidos (derechos de imagen y de propiedad intelectual: sus límites temporales; el derecho a la desactivación de la cuenta; datos o perfiles.

## **La actual legislación se encuentra fragmentada nacionalmente**

Y frente a esas inquietudes y alarmas, no cabe desconocer que hay mucha regulación - pensada o no para el entorno digital- que le resulta de aplicación.

Por citar algunas de las más destacadas en España: la Ley General de Publicidad; la Ley de Competencia Desleal; la legislación de protección de datos; la legislación sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la legislación sobre los servicios de la Sociedad de la Información (SI); la legislación sobre protección de menores, o la legislación audiovisual (en proceso de modificación parlamentaria, como consecuencia de la trasposición de la Directiva UE sobre servicios de comunicación audiovisual).

Sin embargo, la aplicación de esas normas se enfrenta a un problema capital, por el momento irresoluble: frente a un fenómeno que en esencia se desarrolla en un entorno global, el alcance de esas regulaciones encuentra límite en el territorio de cada Estado nacional. Es cierto que en Europa las Directivas sobre la materia han establecido provisiones de cooperación y aplicación unitaria del derecho basadas en los principios de control en origen y de reconocimiento mutuo; pese a ello, también encuentran límite territorial a su aplicación y eficacia: el de la domiciliación en territorio europeo de las empresas eventualmente objeto de regulación y control.

No hay -por el momento, al menos- ni legislación armonizada a nivel mundial ni autoridades globales o mecanismos de cooperación que permitan hablar de una respuesta pública de control a escala universal; más bien nos encontramos una multiplicidad de respuestas nacionales descoordinadas, fragmentadas, diferentes y divergentes en cuanto a sus procedimientos, mandatos y contenidos. Y esto por no referirnos a los 'paraísos digitales', sin autoridad ni legislación que los regule.

Ante esta situación, recientemente hemos asistido a anuncios de intervención o actuaciones por parte de algunas autoridades nacionales o regionales (la *Federal Trade Commission* en EEUU, la Comisión y el Parlamento europeos, el Grupo de Trabajo de Autoridades de Protección de Datos -conocido como GT29-, por ejemplo). El último, la Propuesta conjunta para la redacción de estándares internacionales para la protección de la privacidad en relación con el tratamiento de datos de carácter personal, acogida favorablemente por la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad celebrada el 5 de noviembre de 2009 en Madrid.

## **En todo caso, los nativos digitales son consumidores diferentes**

Efectivamente, los usuarios más jóvenes, nativos del medio digital, son proactivos, conocen el medio y tienen capacidad de reacción (utilizan los mismos medios interactivos para defenderse, protegerse o atacar al que 'abusa'). Son menos vulnerables y cuentan precisamente con la interactividad del medio como mecanismo de autodefensa cuando se consideran agredidos.

Son capaces de dimensionar sus derechos (lo que reciben) y sus obligaciones (lo que pagan en forma de cesión de privacidad y aceptación de publicidad) bajo parámetros diferentes. Y son conscientes de que los nuevos medios permiten menos control público y de que es necesaria

más autotutela y una mayor responsabilidad personal y colectiva (por ejemplo en el control de la visibilidad de los perfiles en las redes sociales).

En definitiva, los usuarios tienen capacidad de control sobre esos medios y soportes. Las empresas lo saben, son sensibles al reto y se adaptan a ese control ejercido por los usuarios, capaces de definir y tutelar responsablemente sus intereses.

### **Desarrollo, innovación y negocio pueden ser compatibles con el respeto a los derechos e intereses de los usuarios**

En los medios convencionales, el pacto entre oferentes y consumidores se basaba en un equilibrio entre la cantidad y calidad de contenido de interés ofertado y la cantidad de publicidad soportada. Los nuevos medios y oferentes de contenidos digitales también deben encontrar ese equilibrio entre el interés de su oferta y:

- La cantidad, calidad y condiciones de uso de la información personal, datos y creaciones que los receptores están dispuestos a suministrar.
- La cantidad, calidad, intrusividad, relevancia y ubicación de propuestas comerciales que esos receptores están dispuestos a aceptar.

La industria es consciente de esas inquietudes y de las alarmas que muchos reguladores y autoridades de protección de datos están levantando. Ante ello está reaccionando con compromisos individuales y de autorregulación colectiva, en el ánimo de alcanzar ese razonable equilibrio.

Las empresas responsables, que buscan permanecer a largo plazo en el mercado, son muy sensibles a las reivindicaciones de esos usuarios proactivos capaces de atacar a los medios poco respetuosos con sus intereses, en un medio donde la interactividad (la actividad de retorno del usuario) forma parte de su esencia. Esos compromisos de responsabilidad se manifiestan claramente en las políticas de privacidad (a veces consensuadas o negociadas con los usuarios) de muchas empresas y en compromisos de autorregulación colectiva.

La ventaja de esos compromisos es que son respuesta inmediata a la actividad de autotutela ejercida por los usuarios y, sobre todo, son globales, sin límite territorial a su aplicación. Algunos ejemplos, en este sentido:

En julio de 2009 las asociaciones estadounidenses AAAA, ANA, BBB, DMA e IAB acordaron los *Global Principles for Online Behavioral Advertising*, resumidos en los siguientes mandatos:

- Educación del consumidor.
- Transparencia: información clara y acceso fácil; de aplicación a terceros.
- Control del consumidor: limitaciones de uso.



- Seguridad de los datos: seguridad y retención limitada de los datos.
- Estabilidad de las políticas de privacidad: consentimiento previo para los cambios.
- Datos sensibles: consentimiento diferenciado para datos sensibles y menores.
- Responsabilidad: compromiso, control y aplicación; resolución de reclamaciones.

En septiembre de ese mismo año, *IAB Europe* acordó los *Social Advertising Best Practices*, que podríamos resumir en los siguientes principios:

- Previamente al envío de publicidad social, el consumidor debe manifestar su consentimiento.
- Los consumidores deben conocer el manejo que se da a su información y deben poder darla de baja.
- Antes de proceder a la distribución del anuncio en la Red social, los anunciantes pondrán a disposición de los consumidores una vista previa de cómo será empleada su información dentro del anuncio.
- Cuando un tercero acceda a la información del consumidor, éste deberá ser notificado.
- Si se incluyen datos personales de los consumidores en el perfil creado para la publicidad social, procede la implementación de medidas de seguridad.

También en Europa y en 2009, EASA acordó las *Digital Marketing Advertising Guidelines* que habrán de inspirar la evolución al entorno digital de las asociaciones nacionales de autorregulación publicitaria en Europa, como Autocontrol en España.

Figura 1. Sello Confianza on line



Concretamente en España, en 2000, AECEM y Autocontrol constituyeron Confianza *On line*, sumándose recientemente al sistema Red.es, empresa pública dependiente del Ministerio de Industria. Confianza *On line* es un sistema de acreditación de los compromisos de autorregulación de las empresas que operan en Internet mediante el sello identificativo con el mismo nombre. El sistema de gestión de esa acreditación está reconocido por el Gobierno, por cumplir con los requisitos establecidos en el RD 292/2004 para el otorgamiento del distintivo público de confianza (BOE de 25 de octubre de 2005). Son varios cientos las *websites* que en estos momentos lucen ya el sello 'Confianza *on line*' (ver figura 1) como manifestación de su

compromiso con el código de conducta y su vinculación a los sistemas de resolución extrajudicial de reclamaciones (Autocontrol sí se refiere a publicidad; y si hablamos de comercio electrónico, el sistema arbitral de consumo, para el caso de no fructificar la mediación de AECEM).

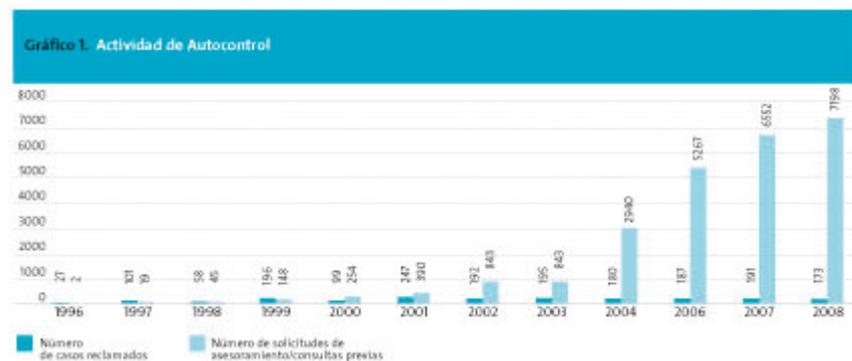
Muchos reguladores se han mostrado receptivos a aceptar la autorregulación como complemento a los esquemas regulatorios públicos. Ejemplos recientes los podemos encontrar en mandatos específicos contenidos en las Directivas de la UE sobre comercio electrónico, sobre prácticas desleales con los consumidores o sobre servicios de comunicación audiovisual. En España, similares mandatos se recogen en la Ley General de Publicidad, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, la legislación audiovisual, etc.

Sin embargo, esos mismos reguladores están exigiendo a la autorregulación, para ser reconocida, garantías de eficacia en su cometido, de forma que no queden en meras declaraciones de buenas intenciones. El compromiso con esos requisitos (transparencia, facilidad de acceso y gratuidad para los consumidores, capacidad para adoptar sus decisiones con independencia de empresas o sectores concretos, rapidez, etc.) se dota de mayor credibilidad en el caso de la autorregulación colectiva, cuando un grupo representativo de empresas encomienda a un sistema independiente la gestión de su compromiso de responsabilidad social o autorregulación.

## Autorregulación en España

El proyecto de Ley que modifica la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal (para trasponer la Directiva UE sobre prácticas desleales con los consumidores) apuesta por la autorregulación, pero esa apuesta exige a los sistemas de autorregulación contar con mecanismos independientes de aplicación de los códigos, ya sea para la resolución de reclamaciones (han de cumplir los requisitos establecidos en la Recomendación UE 98/257/CE), ya sean de consulta previa.

En España contamos con una herramienta de autorregulación ya consagrada y reconocida: Autocontrol, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial. Algunos datos nos permiten hacernos idea de su nivel de desarrollo (ver gráfico 1):



- Su actividad alcanza a 320 socios directos (anunciantes, medios, agencias, asociaciones) y casi 3.000 indirectos (miembros de asociaciones sectoriales que han encargado a Autocontrol la aplicación de sus respectivos códigos de autorregulación). De una u otra forma, actúa en relación con el 70 por ciento de la inversión publicitaria. Su naturaleza es intersectorial e interprofesional, de forma que mantiene su independencia respecto de ámbitos o sectores específicos.
- Ha atendido más de 30.000 consultas previas a la emisión de anuncios en los últimos 5 años.
- Ha resuelto más de 2.000 reclamaciones (un 70 por ciento a instancia de consumidores; el 20 por ciento de competidores y un 10 por ciento de la Administración) a través de su Jurado de la Publicidad.
- Tiene suscritos más de 14 convenios de corregulación con diferentes organismos de la Administración pública española y aplica 16 códigos de autorregulación sectorial que alcanzan a más de 3.000 empresas de diferentes sectores.
- Y ha sido incluida en la *European Extra-Judicial Network* por la Comisión Europea (DG SANCO) por cumplir los principios de la Recomendación 98/257/CE.

Sin duda, Autocontrol tendrá capacidad para gestionar los compromisos de autorregulación que las empresas acuerden para el ámbito digital.

También en España, la IAB y la Asociación Española de Anunciantes, con la colaboración de Autocontrol, están explorando soluciones de respeto a los derechos de los consumidores desde la perspectiva de la autorregulación colectiva en el marco de la denominada *On line Behavioural Advertising* (OBA).

## Conclusión

A modo de conclusión, podemos afirmar que estamos entrando en un nuevo escenario global, en el que es posible con soluciones tecnológicas, regulatorias y autorregulatorias establecer entornos que equilibren satisfactoriamente la innovación, el desarrollo de la SI y una publicidad eficaz con los derechos e intereses de los consumidores. Y ello sin olvidarnos de que la publicidad es la principal financiadora de ese desarrollo -y de que la publicidad digital necesita manejar datos e información para ser efectiva-.

Estamos sólo en el comienzo de ese nuevo escenario, haciéndose ciertamente difícil predecir su futuro desarrollo y el diseño de las respuestas antes mencionadas. Lo que parece claro es que su completa eficacia vendrá condicionada por su alcance global, sin fragmentaciones nacionales. La autorregulación, por su adaptabilidad, posible globalidad, inmediatez y agilidad, sin duda debe ser considerada como una opción cuando puede acreditar su eficacia.

Un apunte más: esas soluciones deberán guardar una razonable proporcionalidad. Se habla mucho de eventuales agresiones a la privacidad de los usuarios y, sin embargo, el número de reclamaciones o quejas reportadas es muy limitado; lo contrario a lo que sucede con el número de usuarios que se suman sin aparentes problemas y se registran en innumerables servicios de la SI. No podemos crear alarmas infundadas. Las soluciones para alcanzar ese razonable equilibrio, que antes mencionábamos, han de ser necesariamente proporcionadas para, respetando los derechos de los usuarios, no dificultar las enormes oportunidades que el desarrollo de la SI nos puede deparar.

