

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

Contratos de acceso a redes sociales digitales

Regulación v. Autorregulación

María Gabriela Martínez Fegan

Tesis de grado como requisito para la obtención del título de abogada

Directora: Sophia Espinosa Coloma

Quito, marzo de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Contratos de acceso a redes sociales digitales: Regulación v. Autorregulación”

MARIA GABRIELA MARTINEZ FEGAN

Dr. Farith Simon
Presidente del Tribunal e Informante

Dra. Sophia Espinosa Coloma
Director de Tesis

Dr. Vladimir Villalba
Delegada del Decano e Informante

Dr. Fabián Corral
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 15 de Mayo de 2012

Todo el contenido del presente documento intitulado "**Contratos de acceso a redes sociales digitales: Regulación v. Autorregulación**" corresponde a las opiniones y criterios personales de su autor, al igual que las ponencias vertidas en su disertación oral y defensa pública.

De ninguna manera éstas representan o reflejan el criterio institucional de la Universidad San Francisco de Quito, como tampoco de su Colegio de Jurisprudencia, del Decano, Vicedecano, planta docente y demás funcionarios. La institución no asume responsabilidad alguna sobre información, opiniones o criterios contenidos en él.

El autor se hace responsable por acción de cualquier naturaleza que pueda derivarse del presente documento.

AUTOR: MARIA GABRIELA MARTINEZ FEGAN

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'MGF', written in a cursive style.

FIRMA DE RESPONSABILIDAD
CI:

Acta de Grado

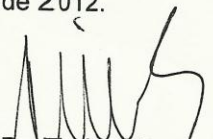
En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Contratos de acceso a redes sociales digitales: Regulación v. Autorregulación", presentado por la estudiante, señorita María Gabriela Martínez Fegan previo a la obtención del título de Abogada.

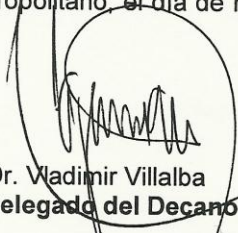
Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:


Señor Doctor Farith Simon, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Sophia Espinosa, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Vladimir Villalba, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 93,33/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 93,5/100, da la nota final de Grado de 93,41/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 15 de mayo de 2012.


Dr. Farith Simon
Presidente del Tribunal


Dr. Vladimir Villalba
Delegado del Decano


Dra. Sophia Espinosa
Director del Ensayo Jurídico


Srta. María Gabriela Martínez Fegan

© Derechos de autor

María Gabriela Martínez Fegan

2012

Resumen

Las redes sociales digitales son servicios de interconectividad mundial que hoy en día se constituyen como el medio más utilizado. Como proveedores, las redes sociales respaldan sus servicios en un contrato, frente al que el usuario tiene la facultad de adherirse o no. Las cláusulas contenidas en los términos y condiciones de uso sitúan a los usuarios como parte débil del contrato, generando obligaciones contractuales de carácter patrimonial como la concesión de licencias de uso sobre sus datos personales. La falta de un acuerdo supranacional así como de directrices de regulación de redes sociales ha conducido a que las partes intervinientes en los procesos de comunicación tengan la facultad de autorregularse con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la autorregulación de los servicios de redes sociales ha conducido a que los términos contractuales sean abusivos o desleales con la práctica que exige la buena fe contractual. Es por esto que es imperante que el derecho entre a regular las prácticas usuales de las redes sociales, en lo concerniente a los términos y condiciones de uso, con el fin de garantizar el efectivo goce del derecho a la privacidad, protección de datos personales, autodeterminación informativa y el derecho a la intimidad personal y familiar como se propone en esta disertación.

Abstract

Social networking sites are the global interconnectivity services much more use nowadays. As providers, social networks support their services on a contract, from which users are in the position of “take it or leave it”. The terms of use benefits providers as the party with higher bargaining power, which makes users the weaker contracting party. Users are obliged as licensors granting the use of their personal data. The absence of supranational agreements and regulatory guidelines has reinforced the self-regulatory faculty supported in the general principle of freedom of contract. However, self-regulation has led to the use of abusive and unfair contractual terms contrary to the practices that the contract rule of good faith demands. That is why it is imperative to regulate the common practices of social networks, with regard to the terms and conditions of use, to ensure the effective enjoyment of the right to privacy, data protection and the right to informational self-determination.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo 1.- Conceptos Generales.....	7
1.1. INTERNET Y REDES SOCIALES.....	7
1.1.1. Antecedentes Históricos de la Internet.....	7
1.1.2. Internet, derechos fundamentales y redes sociales digitales	9
1.2. Derecho a la intimidad personal y familiar	18
1.2.1. Derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática.....	22
1.2.2. Act of Privacy.....	26
1.3. Derecho a la protección de datos personales.....	31
1.3.1. Concepto de “dato personal”	34
1.3.2. Concepto de “dato sensible” y “dato confidencial”	36
1.4. Concepto de los Contratos de adhesión electrónicos	38
1.5. Jurisdicción y derecho aplicable a los contratos electrónicos	42
2. Capítulo 2.- Análisis de los contratos de acceso a redes sociales digitales.....	50
2.1. Naturaleza contractual de las redes sociales: Contratos de acceso a redes sociales son contratos de adhesión.	54
2.1.1. Términos y condiciones de uso de las redes sociales: MySpace y Facebook	74
2.1.2. Recopilación de Datos Personales.....	76
2.2. Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión electrónicos.	79
2.2.1. Renuncia expresa a los derechos de privacidad e intimidad	85
2.2.2. Tratamiento de la imagen como dato de carácter personal	89
2.2.3. Conservación de datos personales finalizado el servicio	99
2.3. Formación de la voluntad de la parte adherente como requisito <i>sine qua non</i> para la formación del consentimiento.	101
2.4. Ausencia de deber de consulta previa al titular de los datos cada vez que el proveedor vaya a comercializar información del usuario a través de una cláusula especial que se adhiere de manera superviniente al contrato.....	111
3. Capítulo 3.- Propuesta de principios rectores en los contratos de adhesión electrónicos <i>inter absentes</i> en redes sociales digitales.....	118

3.1. Límites a la formulación de los “términos y condiciones” en los contratos de adhesión: Principio de predisposición reglada	121
3.1.1. Obligación de los servidores o proveedores de informar al usuario: Principio de suministro de información continua	124
3.1.2. La creación de perfiles de usuarios: Principio de no publicidad de perfiles en redes sociales digitales.....	137
3.1.3. Aceptación expresa de la cesión de derechos como cláusulas supervinientes a la celebración del contrato	143
3.1.4. Prohibición de establecer cláusulas que permitan la modificación unilateral de los términos del contrato en materia que afecte a los derechos fundamentales.	146
3.1.5. Prohibición de establecer un pacto de sumisión global: principio in dubio pro usuario 151	
3.2. Propuesta para la recopilación de datos en bancos de datos informatizados que tienen como fuente un contrato electrónico de adhesión: Principio de tratamiento de información no personal	154
4. Conclusiones	162
5. Bibliografía:	168

Introducción

En la actual era de la información y conocimiento es necesario destacar la importancia que tiene el tratamiento de la información, en especial la relativa a los datos personales y a la esfera de intimidad de los usuarios de Internet. La producción, distribución e intercambio de datos se ha convertido en el eje central del funcionamiento de la sociedad, de los ciudadanos y el Estado. Es a través de las tecnologías de información y de comunicación (TIC's) que los bancos o instituciones financieras pueden tener acceso a información relativa a los movimientos económicos de sus clientes alrededor de todo o le mundo. Internet es una herramienta funcional para el mundo de los negocios, que ha roto barreras de tiempo y espacio, logrando dinamizar los procesos de negociación, oferta y aceptación.

Por otra parte, gracias a la obtención y movilización acelerada de información los procesos de comunicación es que se ha creado nuevos sistemas de interacción social, las llamadas redes sociales digitales. Las redes sociales permiten a los usuarios mantener canales de comunicación inmediatos con personas alrededor de todo el mundo. Asimismo, las redes sociales permiten generar nuevos contactos, a través, de la búsqueda de individuos por sus datos personales, los que se encuentran habilitados con base en los datos digitales.

Internet, además de configurarse como una herramienta de información y de comunicación, ha desarrollado una nueva forma de entender la interacción humana, ha creado una comunidad virtual que permite la inclusión de una sola comunidad interactiva conformada por individuos localizados en diversos espacios geográficos. Así, Internet se transforma en una nueva institución dentro de los procesos sociales. Las transformaciones sociales que se están viviendo con el advenimiento de las TIC's son procesos independientes al tiempo, a la distancia o a la cantidad. El proceso de comunicación es tan directo y rápido que la información viaja (en forma de código binario) de emisor a receptor sin darnos cuenta qué distancia ha recorrido, qué tiempo ha tomado en transmitirse y no nos fijamos en el volumen de información que recorre en décimas de segundo. Por otra parte,

los flujos de información que cada segundo se mueven en el ciberespacio requieren de un usuario que impulse el proceso de búsqueda así como los contenidos que circulan en la web requiere de un autor que “cuelgue” sus obras en la “red de redes”. No se requiere de conocimientos extraordinarios para acceder al ciberespacio, por lo tanto, la información que se puede encontrar “colgada” en la web puede ser aquella relativa a la esfera privada de una persona, es decir información concerniente a la orientación sexual, raza, condición financiera, edad, ideología, situación familiar, en general datos que permitan identificar a una persona de manera específica.

Desde el momento en que existen “personas virtuales” y no podemos ver a la persona física que actúa detrás de un ordenador es difícil encontrar a quienes utilizan información ajena. Asimismo, es complicado saber la intención real de personas físicas o jurídicas que proveen servicios de almacenamiento de datos personales, es decir que no podemos distinguir si éstas aprovechan de la confianza que ha generado Internet en los usuarios para lucrar de información personal. Si detrás de tanto flujo de información existen usuarios que aportan con la misma y proveedores de servicios que almacenan los datos, ¿deben ser regulados los contratos de adhesión en Internet entre usuarios y proveedores con respecto a la cesión de datos personales?

El uso de las TIC's así como el crecimiento incontrolado de los contenidos en estos medios no sólo reconoce el valor de la información y sus reducidos costos de producción, sino que obliga a los juristas a plantear un nuevo análisis: una ampliación de los derechos humanos. Las nuevas técnicas de procesamiento de datos, más eficientes y dinámicos, plantean la duda del cómo se ha recopilado la información, si es cierta la misma en la medida que su divulgación es legítima y si el usuario ha sido informado sobre las actividades post contractuales por parte del proveedor. Además, se establecen dos nuevas dificultades con respecto al tratamiento de datos personales: La primera es que el usuario debe tener acceso posterior a su propia información, conocer su destino, almacenamiento y procesamiento de la misma; la segunda es que si debe ser permitido establecer cláusulas abusivas por parte del proveedor en la que a través de la cesión de derechos el titular de la información es excluido del control sobre de su esfera de intimidad y carece de “libertad

informática”. Por otra parte, este fenómeno informático plantea muchos interrogantes sobre qué efectos producirá o se producen sobre los derechos humanos.

Este trabajo académico está dividido en tres capítulos en los que se pretende hacer una aproximación a los retos jurídicos que plantea el uso de las redes sociales y el impacto que éstas generan en los usuarios, además se propone una serie de principios generales que pudieran aplicarse a la contratación electrónica cuando el objeto del contrato sea el tratamiento de datos personales y su cesión en redes sociales. Es importante señalar que este trabajo está realizado desde una perspectiva internacional, se pretende dotar de mecanismos abiertos que permita la armonización global del tratamiento de redes sociales digitales. Mencionada la perspectiva de la que se ha realizado esta investigación, debe entenderse que no se pretende dotar de una aplicación directa a una jurisdicción en particular, sino de directrices generales que pudieran ser una solución viable a nivel internacional que bien pudiera presentar el Internet Governance Forum como foro de análisis de la gobernanza en Internet.

En el primer capítulo se hace una aproximación a conceptos generales que serán utilizados a lo largo de la investigación. Inicia en un recorrido histórico sobre la aparición de Internet en su primera expresión hasta el desarrollo de la World Wide Web (WWW) en la década de 1990 y la creación de la autopista más grande de la información. La investigación en la primera parte continua con la evolución de los derechos humanos objeto de análisis: intimidad personal y familiar, protección de datos personales, derecho a la imagen y derecho a la vida privada. Posteriormente, se analiza la jurisdicción y el derecho aplicable a las relaciones comerciales que se efectúan completamente en línea a través del planteamiento de la doctrina anglosajona y la primacía de la autonomía de la voluntad. Asimismo, la primera parte introduce el concepto de contratos de adhesión electrónicos, las modalidades contemporáneas de contratación (*clickwrap* y *browsewrap contracts*) y los principios generales desarrollados a partir de las relaciones B2B (Business to Business) y B2C (Business to Consumer) dentro del comercio electrónico directo e indirecto. Este capítulo reconoce la importancia de reconocer nuevos mecanismos de protección de los derechos fundamentales además de los tratados internacionales y la producción normativa

interna de los Estados, cuya efectividad se plantea a través de la inclusión de principios generales aplicados a la contratación electrónica.

Asimismo, en la primera parte de este trabajo se incorpora el concepto de la “red de redes”, Internet. Se vincula el desarrollo de las tecnologías de información con el tratamiento de la información personal y el posible impacto o vulneración a los derechos fundamentales. De la misma manera, se hace un análisis de cuál es el rol de las TIC a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los usuarios presentando posturas de expertos en el área como Relatores Especiales o miembros del Internet Governance Forum.

En el segundo capítulo se analiza el concepto de redes sociales digitales y cuál es la naturaleza jurídica de las mismas, cómo operan los términos y condiciones de uso de los servicios y el riesgo que presenta en relación a la privacidad, intimidad y la protección de datos personales de los usuarios. Por otra parte, se hace un estudio de cómo los proveedores de servicios de redes sociales digitales recopilan información de los usuarios a lo largo de las fases de ejecución del servicio, legitimando su actuación a través de la elaboración de condiciones predispuestas. Estos términos y condiciones de uso pueden entenderse como atentatorios a los derechos fundamentales, ya que podrían comprometer una renuncia expresa a los derechos, permite la conservación de datos ya finalizado el servicio y contienen cláusulas abusivas dentro de la contratación, que será objeto de análisis posteriormente en el trabajo.

En la segunda parte de esta investigación se hace un análisis jurídico, en el que se desprende ligeramente de los derechos fundamentales de los usuarios, la investigación se inclina hacia el lado de las obligaciones contractuales y las prestaciones debidas por las partes dentro de la relación obligacional que surge con el uso de los servicios de interconectividad de las redes sociales digitales. Se hace un análisis de la doctrina clásica de los contratos aplicados a la contratación electrónica. Asimismo, se analiza cómo el derecho debe entrar a regular las relaciones contractuales que nacen entre los usuarios y los proveedores de servicios en Internet cuando éstos comprometen información personal. Para esto se presenta un estudio de cómo la información personal se convierte en un bien

valorable y adquiere una singular importancia en el orden económico mundial. El segundo capítulo analiza la deficiente formación de la voluntad de los usuarios para adherirse a condiciones generales de contratación que implican riesgos para sus derechos fundamentales, esto basado en análisis del comportamiento de los usuarios y los mecanismos de toma de decisiones. Apoyada en esta información, se concluye que es imperante que exista una aceptación expresa a términos contractuales cuya prestación recaiga sobre datos personales. Asimismo, se propone un tratamiento especial a las imágenes que circulan en redes sociales digitales y se analiza el deber de consulta previa a los titulares de información dentro de las plataformas que almacenan información de carácter personal de los usuarios.

En el tercer y último capítulo se recoge de manera sistemática, después de haber estudiado y analizado los temas presentados, una serie de principios generales rectores aplicados a la contratación electrónica entre usuarios y proveedores de servicios de redes sociales digitales. Se presentan seis principios que se han recogido a lo largo de la investigación, basado en estudios generales y jurídicos: 1) Principio de predisposición reglada, 2) Principio de suministro de información continua, 3) Principio de no publicidad de perfiles, 4) Obligatoriedad de la aceptación expresa a cláusulas especiales, 4) Prohibición de establecer la modificación unilateral en materia de privacidad, 5) Principio *in dubio pro usuario*; y 6) Principio de tratamiento de información restringido. Estos principios han sido elaborados en base al criterio desarrollado a lo largo de la investigación académica, cuyos principales fundamentos son la promoción y protección de los derechos fundamentales de los usuarios, el orden público económico, la buena fe y lealtad contractual y los deberes accesorios que genera la contratación electrónica.

Este estudio tiene como objetivo demostrar que el comportamiento *online*, así como el procesamiento de obtención, almacenamiento, procesamiento y transferencia de datos personales debe ser regulado con el fin de controlar la violación al derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, así como su posible riesgo. La postura defendida en este estudio es que la regulación de los contratos de adhesión en redes sociales digitales en cuanto a los derechos humanos expuestos permitirá un equilibrio contractual entre el

usuario y el proveedor del servicio frente a la asimetría informativa, el poder de negociación y las cláusulas abusivas. Es por esto que considero que la formulación de principios generales aplicados a la contratación internacional en el marco de contratos de adhesión en redes sociales digitales es una vía posible para proteger a los usuarios. Finalmente, el desarrollo de principios internacionales y el estudio de éstos en el derecho comparado como la buena fe, así como su incorporación a servicios de redes sociales permitirían una armonización normativa, de tal manera que el comportamiento *online*, tanto de usuarios como de proveedores, no resulta atentatoria a los derechos fundamentales, asimismo no da un gran campo de intervención al Estado.

Capítulo 1.- Conceptos Generales

1.1. INTERNET Y REDES SOCIALES

1.1.1. Antecedentes Históricos de la Internet

A finales del Siglo XX empezó a utilizarse los términos “flujo” e “información”, asimismo se incorporaba la expresión de “tecnología de la información”¹. Así se comenzó a dar una categorización diferente a los mensajes públicos y privados que se transmitían a través de la prensa tradicional –en papel, tinta, pintura, cine, radio, televisión y ordenadores–, esta categoría fue la de datos,² que en su conjunto producen información. En los años sesenta el desarrollo de la tecnología de la información se encontraba en etapa experimental, es en los años ochenta en que su experimentación llevaría a encontrar la apreciación por su alcance³.

Los primeros ordenadores digitales electrónicos fueron diseñados con fines militares, para la Guerra Fría. Colossus y ENIAC eran máquinas de grandes dimensiones. funcionando con válvulas que no eran fiables⁴; posteriormente en 1947 los Laboratorios Bell diseñarían transistores que reemplazaron a las válvulas y redujeron los márgenes de desconfianza.⁵ En 1954 Texas Instruments empezaba a vender pequeños chips, y Fairchild Semi-Conductor Company empezó el proceso de miniaturización de los chips, la reducción de los costos de producción y la fiabilidad de los nuevos transistores⁶. Así, la creación de un circuito integrado y transistores miniaturas, tendría la misma capacidad que el ENIAC, con circuitos lógicos incorporados y unidades de procesamiento⁷. Posteriormente, en la década de los setenta nacen los ordenadores personales, nacen las empresas Apple,

¹ Briggs, Asa y Peter Burke (Traducido por Marco Aurelio Galmarini). *De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación*. Santillana Ediciones Generales. Madrid: 2002. Pág.292

² *Ibíd.*

³ *Ibíd.* Pág. 313

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.* Pág. 314

⁶ *Ibíd.* Pág. 315

⁷ *Ibíd.*

Microsoft, IBM logra vender un total de 35.000 unidades⁸ y empieza una “implosión de nuevas prácticas y tecnologías del procesamiento de la información”⁹.

Asimismo nacía Internet en su primera expresión, ARPANET. Esta red funcionó por primera vez en 1968 con el respaldo financiero de ARPA (Administración de Proyectos Avanzados del Departamento de Defensa de los Estados Unidos), fundado en 1957.¹⁰ En sus inicios, ARPANET, era una red de acceso limitado a las universidades de alta tecnología e instituciones de investigación; la idea del Pentágono era que la información estuviera almacenada de manera segura en una red, a fin de subsistir en caso de una catástrofe, que pudiera acabar con la infraestructura física. De manera que únicamente las instituciones que se encontraban unidas a esta red podían tener acceso a la misma desde cualquier lugar e intercambiar información codificada.¹¹ Posteriormente, la red se rebautizó como DARPA, y en 1975 ya contaba con 2.000 usuarios. En 1986 se introdujeron los conceptos y abreviaciones de <.com> (para el comercio), <.mil> (para instituciones militares) y <.edu> (para instituciones educativas).¹²

Así, se fueron creando redes similares a DARPA en otros países como CSNET o NSFNET. No fue sino cuando en Inglaterra, Tim Berners-Lee ideó en 1989 una red que bautizó como “telaraña global”. Esta red funcionaba sin propietario, gratuita y programada con protocolos abiertos. Fueron los empresarios que buscaban lucro de esta actividad quienes idearon la ampliación de la red a nivel mundial (*World Wide Web* o *www*).¹³ Así la Red Abierta de Tim-Berners Lee tuvo acceso abierto para los negocios en 1992. Para julio de 1995 funcionaban 6.5 millones de máquinas alrededor del mundo y 10.3 millones de usuarios conectados a la red.¹⁴ Así empezó a crecer la autopista más grande de información: Internet.

⁸ Ibíd. Pág.323

⁹ Ibíd. Pág. 324

¹⁰ Ibíd. Pág. 344

¹¹ Ibíd.

¹² Ibíd. Pág.347

¹³ Ibíd. Pág. 346

¹⁴ Winston, Brian. *Media Technology and Society. A history: from the telegraph to the internet*. Routledge Taylor and Francis Group. New York, Estados Unidos: 2000. Pág. 334

1.1.2. Internet, derechos fundamentales y redes sociales digitales

El crecimiento de las nuevas tecnologías de información y comunicación, en lo referente al uso de Internet, desde 1960, ha creado una situación sin precedente. De acuerdo con la Unión Internacional de Telecomunicaciones el número total de usuarios de Internet alrededor del mundo, asciende a dos billones.¹⁵ El número de usuarios activos de Facebook y redes sociales a nivel mundial ha incrementado de 150 millones a 600 millones entre el 2009 y el 2011.¹⁶ El acceso a Internet se ha convertido en el pilar fundamental del S.XXI a fin de incrementar la participación ciudadana y así consolidar Estados democráticos. De esta premisa, se desglosa que el acceso a Internet tiene dos dimensiones: 1) el acceso al contenido *online*, con mínimas limitaciones permitidas por la normativa internacional de derechos humanos; y 2) el acceso a la infraestructura necesaria para acceder a las nuevas tecnologías de información y comunicación como módems, cable, ordenadores y software.¹⁷

Internet se ha convertido en la herramienta fundamental para garantizar el ejercicio de ciertos derechos como la libertad de expresión y opinión¹⁸ contenido en el Art.19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Relator Especial de las Naciones Unidas para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, ha señalado que la normativa internacional que reconoce este derecho protege la libertad dentro de cualquier medio de comunicación, de manera que el derecho a la libertad de expresión se debe acomodar a las tecnologías existentes y al desarrollo de las futuras tecnologías. Así, el marco normativo relevante sobre derechos humanos debe ser aplicable de manera equivalente a las nuevas tecnologías como Internet.¹⁹

¹⁵ La Rue, Frank. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. 16 de mayo del 2011. Pág. 4

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 7

¹⁹ *Ibíd.* Pág.7: "the framework of international human rights law remains relevant today and equally applicable to new communication technologies such as the Internet."

El derecho a la libertad de opinión y expresión, como adelanta el Relator Especial, tiene una dimensión negativa en la que se puede restringir este derecho siempre que se encuentre permitido por normativa de derechos humanos, y es cuando el ejercicio de éste pueda menoscabar el respeto a otros derechos o a la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública. Así, los Estados pueden regular contenidos en Internet como pornografía infantil, contenidos de odio a otras culturas, difamación, instigación a delinquir, contenido hostil o violento²⁰. Sin embargo, es importante recalcar que cada una de las restricciones que se apliquen al derecho a la expresión en Internet debe estar contenido en normas, es decir “expresamente fijadas por la ley” como dispone el Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las restricciones del derecho a la libertad de opinión y expresión pueden manifestarse de varias maneras, ya sea como medidas técnicas para prevenir el acceso a ciertos contenidos a través del bloqueo o filtración, o como no proveer a los usuarios de las garantías adecuadas para proteger su derecho a la privacidad o a la protección de datos personales²¹. El derecho a la libertad de expresión se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a la privacidad en el sentido que, a través de la historia, la voluntad de las personas para someter su juicio a debate en la esfera pública, ha estado ligado con la posibilidad de hacerlo de manera anónima.²²

Por otra parte, Internet ofrece mecanismos, tanto a actores públicos como privados, para coleccionar información de los usuarios y las actividades de éstos en la web. Estas prácticas pueden concluir en la violación del derecho a la privacidad de los usuarios de Internet, violando la confidencialidad de los actores. De manera concordante con esto, el acceso al origen de los datos no solo que compromete el derecho a la privacidad, si no el principio de libre flujo (*free flow*) que gobierna Internet.²³ Por ejemplo, algunos Estados han utilizado la popular red social Facebook para acceder a los usuarios y sus contraseñas, así rastrear comentarios que provienen de ciertas personas a través de sus comunicados

²⁰ Ibíd. Pág. 8

²¹ Ibíd. Pág. 9

²² Ibíd. Pág. 15

²³ Ibíd.

privados.²⁴ Frente a este hecho, el relator especial de las Naciones Unidas ha manifestado la necesidad de desarrollar normativa especial relativa a la protección de información personal, sobre quién puede recolectar información, qué tipo de información, con qué fines y por cuánto tiempo²⁵. El Relator Especial manifestó la necesidad de adoptar legislación clara sobre la protección de datos personales:

The necessity of adopting clear laws to protect personal data is further increased in the current information age, where large volumes of personal data are collected and stored by intermediaries, and there is a worrying trend of States obliging or pressuring these private actors to hand over information of their users.²⁶

Entonces, una de las restricciones al derecho a la libertad de expresión en Internet, radica en la protección del derecho a la privacidad y de los datos personales de los usuarios. Esta restricción, además de estar contenida expresamente en una ley, debe establecer lineamientos claros sobre qué aspectos del derecho a la privacidad pueden ser interferidos siempre que sean circunstancias excepcionales. Así, las medidas que limiten este derecho deben ser realizadas por organismos estatales empoderados para estas funciones, con el propósito de proteger tanto derechos de terceros como evidencia de un delito.²⁷

Con el objeto de proporcionar soluciones amigables frente al uso de la Internet, la Secretaría General de las Naciones Unidas ha creado el Internet Governance Forum (IGF). El IGF pretende ser un espacio interactivo en el que se discuta puntos de vista e ideas sobre la gobernanza del Internet. El IGF existe desde el año 2006 en el que ha emitido reportes sobre las discusiones dentro del Foro, dentro de éstas se reconoce la importancia de la seguridad y privacidad de los consumidores. Durante los primeros cuatro años del IGF (2006-2010) se han hecho observaciones al uso de la Internet con el objetivo de reportar cuáles son las “prácticas buenas”.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.* Pág.16. La necesidad de desarrollar normativa referente a la protección de datos personales ha incrementado dentro de la actual era de la información, donde grandes volúmenes de información personal son colectados y almacenados por intermediarios. Actualmente existe la tendencia de ciertos Estados que obligan o presionan a estos actores privados a fin de que proporcionen información relativa a sus usuarios.

²⁷ *Ibíd.*

El Reporte de los años 2006-2009 del IGF ha dividido el material obtenido en categorías diversas con el fin de organizar la información recopilada, una de las categorías es “*Security, Openness and Privacy*”. Con respecto a esta categoría, en el reporte se ha señalado la dificultad que atraviesan los países en mantener la vigencia y respeto de los derechos humanos en Internet, cuando se trata de encontrar el equilibrio entre las libertades de uso versus la protección de la sociedad frente a los malos usos de la red como pedofilia o terrorismo.²⁸ Adicionalmente, el reporte señala la evidencia, que a nivel mundial los países tienen la obligación de mantener y procurar la vigencia de los derechos humanos.²⁹ Si bien el reporte se centra en el fomento de estrategias que prevengan el abuso *online* de los derechos de los niños y adolescentes, esto demuestra que es una preocupación mundial las violaciones a derechos humanos que puede haber a través de los usos abusivos de Internet, por lo tanto es necesario la regulación de contenidos.

La información que se almacena en Internet no pertenece únicamente a quien la produjo, sino a quien la almacena, generalmente se consiente en estos términos dentro de un contrato.³⁰ En el Foro para la Gobernanza de Internet se manifestó la creciente importancia que debe darse al tratamiento de las redes sociales digitales, ya que se basan en el intercambio de información personal que el usuario provee a los sitios web. Los sitios web venden el acceso de publicidad segmentada a sus sitios web basada en la información de los usuarios.³¹ Frente al crecimiento de las redes sociales, la seguridad de los individuos y organizaciones se podrían ver amenazadas debido al uso indebido de la información. Los problemas que acarrearán las redes sociales son complejos debido a que la información de los usuarios puede, incluso, ser utilizada maliciosamente por terceros.³²

²⁸ IGF Secretariat Report. *Good Practices from IGF Sessions 2006-2009*. Internet Governance Forum. Septiembre del 2010. Pág.59 <http://www.intgovforum.org/cms/2010/good-practice.pdf>

²⁹ *Ibid.* Pág.59

³⁰ Drake, William J. Ed. Internet Governance Forum. *Internet Governance: creating opportunities for all*. The Fourth Internet Governance Forum. Sharm el Sheikh, Egypt: 15-18 de noviembre del 2009. Pág.53

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

En el IGF se sentó la base que, las redes sociales no son *per se* las que erosionan la seguridad de los usuarios, si no los usuarios quienes dan un mal uso³³. Sin embargo, hubo posiciones que insistieron en que, si bien esto es un tema de conducta humana y no de tecnología, debe entrar a regular el derecho y la educación, de manera que es función de la ley, no restringir el ejercicio de ciertos derechos, si no de garantizar los mismos.³⁴ Así, la seguridad y privacidad de los usuarios deben considerarse bajo los lineamientos de los derechos humanos y no como excusa para censurar o filtrar contenidos de Internet.³⁵

Agencias estatales de los Estados Unidos, Canadá y Europa han estudiado diferentes aproximaciones sobre los derechos de los consumidores *online* que se pueden ver afectados.³⁶ Para esto, han establecido una serie de principios que definen las prácticas leales de información. En junio de 1998 la agencia estatal de los Estados Unidos, Federal Trade Commission, envió un reporte al Congreso en el que se introdujo las preocupaciones concernientes a los derechos del consumidor y a la privacidad *online*³⁷. El Reporte de la FTC es un análisis y propuesta basada en la auto-regulación de información a fin de proteger los derechos de los consumidores relativos a la privacidad. El informe se basó en una encuesta realizada (*online*) a usuarios, en la que incluye información sobre sitios web destinados a niños, y sobre las prácticas sobre información que maneja la industria *online*.³⁸

Dentro del punto “*Privacy Concerns*” del informe presentado, la agencia estatal señala que a través de sus encuestas existe una gran preocupación por parte de los consumidores de cómo es utilizada su información personal en el mercado virtual. Asimismo, los consumidores presentan más dudas sobre el tratamiento de la información en sitios web que en sitios territoriales³⁹. Frente a las preocupaciones sobre la privacidad de los usuarios en Internet, el Reporte recoge cinco principios fundamentales aceptados en

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.* Pág.54

³⁶ Óp. Cit. Radin, Margaret Jane y otros. Pág. 399

³⁷ Federal Trade Commission (Estados Unidos). *Privacy Online: A Report to Congress*. Junio 1998. <http://www.ftc.gov/reports/privacy3/priv-23a.pdf>

³⁸ *Ibíd.* Pág. 1

³⁹ *Ibíd.* Pág. 3

cuanto a las prácticas sobre el tratamiento de la información: a) *Notice/Awareness*, b) *Choice/Consent*, c) *Access/ Participation*, d) *Integrity/security*; y e) *Enforcement/Redress*.⁴⁰

El primer principio *-notice/awareness-* hace referencia a que los consumidores deben tener noticia de cuáles son las prácticas relativas al tratamiento de la información que tiene una entidad antes de ser recolectada. Un consumidor no puede formular una decisión informada sobre cuánta información va a revelar o entregar al colector. Esto promueve que el consumidor tenga una identificación de la entidad, identificación de qué uso se le va a dar a su información personal e identificación de los potenciales receptores de la misma. Asimismo, el consumidor debe conocer la naturaleza de la información que provee, las consecuencias de negar la información y los pasos que toma la entidad para garantizar la confidencialidad, integridad y calidad de la información.⁴¹

El segundo principio *-choice/consent-* es el derecho del consumidor a escoger o consentir. Es decir que los proveedores deben dar opciones a los usuarios sobre el tratamiento que se dará a esa información, por ejemplo si se le da un tratamiento secundario⁴². El tratamiento primario⁴³ es, por ejemplo en una compra *online* de un objeto, la información de la tarjeta de crédito, nombre personal y fecha de caducidad de la tarjeta; mientras que el tratamiento secundario radica en el uso de la información una vez finalizado el servicio⁴⁴, como lista de contactos, bases de datos o transferencia de la información a terceras partes. Este principio busca que los proveedores de servicios o bienes proporcionen a los usuarios mecanismos fáciles y accesibles para poder tomar una decisión.

El tercer principio *- access/ Participation-* se refiere a la facilidad individual de los usuarios para acceder a su propia información personal y para poder completarla⁴⁵. El cuarto principio es *-integrity/ Security-* sobre la integridad y seguridad de la información;

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 7. Los lineamientos son: a) noticia/conciencia b) decisión/consentimiento, c) acceso/participación, d) integridad/seguridad y e) refuerzo/direccionamiento.

⁴¹ *Óp. Cit.* Radin, Margaret Jane y otros. Pág. 400

⁴² *Ibíd.* Pág. 401

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 401: “uses beyond those necessary to complete the contemplated transaction”.

⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 402

quiere decir que se debe asegurar la integridad de la información desde el momento de su recolección.⁴⁶ Cualquier información que la entidad reciba sobre esa persona debe provenir de fuentes confiables, de no serlo el titular debe tener acceso a su rectificación o destrucción. Por otra parte, por seguridad se debe entender las medidas técnicas que se deben utilizar para proteger la pérdida de la información, el acceso no autorizado a la misma, así como el uso o revelación.

Finalmente, el quinto principio *–enforcement/Redress–* depende en gran medida de los mecanismos con los que cuente a nivel jurisdiccional los consumidores que torne obligatorio el cumplimiento de los principios. Una aproximación que entiende este principio radica en la auto-regulación, y que existan como mínimo mecanismos institucionales adecuados para dirigir las quejas o peticiones, esto siempre que el consumidor conozca de cómo acceder al sistema de protección.⁴⁷

En el sistema europeo se puede acudir a la Sección II, de la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo que establece los principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos. En el Art. 7 del cuerpo normativo limita el tratamiento de los datos personales a realizarse únicamente bajo ciertas condiciones, dentro de las cuales señala: Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si:

- a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o
- b) es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o
- c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o
- d) es necesario para proteger el interés vital del interesado, o
- e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o
- f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos,

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 403

siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los *Lineamientos para la regulación de archivos con datos personales computarizados* (Lineamientos de la ONU), emitidos por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de concordancia con el Artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas de 1990.⁴⁸ Los Lineamientos de la ONU, que no son obligatorios, señalan los estándares mínimos que los Estados deben adoptar al regular la protección de la privacidad de los archivos computarizados, tanto públicos como privados.

Los principios incluidos en los Lineamientos de las ONU son el principio de lealtad, la legalidad y equidad⁴⁹, exactitud⁵⁰, especificación de propósitos o principio de finalidad⁵¹, de acceso a la persona interesada⁵², la no discriminación⁵³, empoderamiento para hacer excepciones (seguridad nacional, orden público, salud pública y moralidad, y los derechos de las libertades de los demás)⁵⁴, seguridad así como supervisión y sanciones⁵⁵ y el flujo transfronterizo⁵⁶. Estos principios son aplicables a las organizaciones gubernamentales y su aplicación obligatoria tiene una excepción que se aplica a situaciones de carácter humanitarias siempre que se prevea de una cláusula humanitaria⁵⁷. Estos principios son similares a aquellos que constan en los Lineamientos de la OCDE.

Los lineamientos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico fueron establecidos el 23 de septiembre de 1980 como recomendación del Consejo bajo el

⁴⁸ Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 45/95. *Guidelines for the regulation of computerized personal data files*. 14 diciembre 1990. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/564/84/IMG/NR056484.pdf?OpenElement>

⁴⁹ Naciones Unidas. Resolución A/44/606. Apéndice I. *Lineamientos de la ONU. Principios rectores aplicables a los ficheros computarizados de datos personales*. Art.1.

⁵⁰ *Ibíd.* Art.2

⁵¹ *Ibíd.* Art.3

⁵² *Ibíd.* Art.4

⁵³ *Ibíd.* Art.5.

⁵⁴ *Ibíd.* Art.6

⁵⁵ *Ibíd.* Art.7 y 8

⁵⁶ *Ibíd.* Art.9

⁵⁷ *Ibíd.* Sección II. Aplicación de los principios rectores.

título Directrices que Regulan la Protección de la Privacidad y los Flujos Transfronterizos de Datos Personales⁵⁸. En la recomendación se recogen 8 principios fundamentales que deberían regir la privacidad y la protección de datos de las personas donde sus datos se encuentren automatizados. Estos principios son: de limitación de recogida⁵⁹, de calidad de los datos⁶⁰, de especificación de los fines⁶¹, limitación de uso (que incluye la prohibición de revelación de los datos así como de su disposición al público a excepción de contar con el consentimiento del titular, o por imperativo legal)⁶², de salvaguarda de la seguridad⁶³, principio de transparencia en cuanto a las políticas de tratamiento de datos⁶⁴, principio de participación individual que consiste en la posibilidad de acceso y conocimiento del titular⁶⁵, y finalmente, el principio de responsabilidad⁶⁶.

La Agencia Española para la Protección de Datos en su Memoria 2010 ha tratado sobre “el derecho al olvido” y la preocupación que esto genera en los usuarios. El derecho al olvido trata sobre el derecho de los usuarios a “dejar de existir” en la red, en palabras de la Agencia: “El derecho de las personas a que sus datos no se traten y se supriman cuando dejen de ser necesarios con fines legítimos”⁶⁷. En el título tercero de la Memoria 2010 “Retos para la privacidad: Las grandes cuestiones”, la Agencia señala que existen servicios en Internet que se prestan de manera masiva y estos prestadores inciden directamente en la privacidad de los usuarios. La privacidad de los usuarios se configura a través de dos figuras: 1) Los términos de uso y privacidad fijados en un contrato redactado de manera unilateral y 2) el propio modelo del negocio.⁶⁸ La redacción unilateral de un contrato incide

⁵⁸ Organización de Cooperación y Desarrollo Económico .Anexo a la Recomendación del Consejo. *Directrices que Regulan la Protección de la Privacidad y los Flujos Transfronterizos de Datos Personales*, 23 de septiembre de 1980.

⁵⁹ *Ibíd.* Art.7

⁶⁰ *Ibíd.* Art.8

⁶¹ *Ibíd.* Art.9

⁶² *Ibíd.* Art.10

⁶³ *Ibíd.* Art.11

⁶⁴ *Ibíd.* Art.12

⁶⁵ *Ibíd.* Art.13

⁶⁶ *Ibíd.* Art.14

⁶⁷ Agencia Española de Protección de Datos (España). Memoria 2010. *El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal: Situación actual y perspectivas de su futuro*. España: 2010. Pág.8

⁶⁸ *Ibíd.* Pág.26

directamente en la información que reciben los usuarios sobre cómo se tratará su información personal y qué plazo durará su conservación. El modelo de estos negocios masivos repercute en la privacidad, ya que son servicios gratuitos que se financian de publicidad que se vende bajo la segmentación determinada de su mercado⁶⁹. Frente a la evolución de mecanismos tecnológicos que sucede cotidianamente, la AEPD manifiesta la necesidad de actualizar los marcos normativos y directrices comunes a fin de proteger la privacidad de los usuarios.⁷⁰

Los modelos de comunicación, que introducen las TIC, han modificado los marcos regulatorios.⁷¹ En la actualidad, se debate sobre la posibilidad de regular Internet a fin de proteger de manera eficaz los derechos de los ciudadanos frente a agresiones invasivas efectuados mediante la red. Estos debates, en palabras de María del Mar Pérez Velasco: “pone de manifiesto la obsolescencia de los modelos tradicionales de regulación”⁷². De ahí que a continuación procederemos a conceptualizar aquellos derechos fundamentales que se ven afectados con la introducción de las TICs.

1.2. Derecho a la intimidad personal y familiar

El derecho a la intimidad personal y familiar ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el Art.12:

Nadie será objeto de *injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia*, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.
(la cursiva es mía)

Asimismo, ha sido reconocido este derecho en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Art.7 bajo el título de Respeto de la vida privada

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Pérez, Ma. Del Mar y J. Conde Castejón. “Regulación versus autorregulación en Internet y los nuevos servicios de comunicación”. En Cremades, Javier. *Régimen Jurídico de Internet. Cultura e Internet: Una nueva revolución*. La Ley Actualidad S.A. Madrid: 2002. Pág. 122

⁷² *Ibíd.*

y familiar: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.”

Clásicamente, se ha contemplado el derecho a la intimidad personal y familiar como un derecho relacionado con la libertad individual, en la medida que es el individuo quien puede decidir sobre permitir o no el acceso de extraños en su esfera de privacidad. La intimidad es el conjunto de experiencias, circunstancias, sentimientos y conductas que el ser humano desea reservarse para sí mismo sin permitir la injerencia de terceros. El derecho a la intimidad personal y familiar tiene dos connotaciones, una positiva y una negativa. La connotación positiva es aquella que permite al sujeto, en virtud de la libertad, determinar qué hacer, cuándo estar solo y cómo vivir su propia vida íntima.⁷³ Por otra parte, el sentido negativo de este derecho es que las personas que rodean a un individuo tienen la obligación de abstenerse de irrumpir en la esfera de privacidad de éste.⁷⁴

El Tribunal Constitucional en España ha señalado que “la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren” y que,

[...] el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma; pero si hacer referencias a todos aquellos (hechos) biológicos o espirituales o caracterológicos que componen el ser de una persona.⁷⁵

No se puede determinar taxativamente qué elementos pertenecen a la esfera de intimidad, ni se pueden sentar reglas o principios que determinen esta calidad. Lo que es propio de la intimidad de cada uno de los individuos es determinado por éstos en la medida de qué considera cada persona como propio y qué considera cada persona como circunstancias susceptibles de conocimiento general. En virtud del criterio expuesto por el Tribunal Constitucional Español, la esfera de intimidad de un individuo se enmarcaría en las decisiones personales de pensamiento, religión, ideología política, preferencias

⁷³ Estrada Avilés, Jorge Carlos. II Congreso Mundial de Derecho Informático. *Hacia una estandarización del Habeas Data*. Universidad Marista. Mérida, Yucatán, México: julio del 2002. Pág. 2 y 3

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Amadeo Gadea, Sergio Luis. *Informática y Nuevas Tecnologías. Sentencias dictadas por los tribunales españoles*. Editorial Muriel S.A. Madrid: 2001. “Sentencia 73/1982 del 2 de diciembre- sts sala 1, del 13 de marzo de 1989”.

sexuales, planificación reproductiva, etc. A manera de síntesis, cabe citar el concepto proporcionado por Ekmekdjian quien señala que:

“El derecho a la privacidad o a la intimidad, es la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado [...]”⁷⁶

El derecho a la intimidad personal y familiar plantea retos novedosos en la medida que las nuevas tecnologías de información y comunicación se desarrollan. El crecimiento de las TIC no solo que facilita nuevas formas de comunicación, sino que también, por consecuencia, se desarrollan más mecanismos para interceptar las comunicaciones y afectar la intimidad de los usuarios.⁷⁷ La confidencialidad de las comunicaciones es parte del derecho fundamental a la intimidad personal. La Directiva 97/66CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁷⁸, en los considerandos para su creación, establece que con el fin de “garantizar los derechos y libertades de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y, en especial, su derecho a la intimidad [...]”⁷⁹, considerando “[...]el desarrollo de la sociedad de la información se caracteriza por la introducción de nuevos servicios de telecomunicación; [...]”⁸⁰ y manifiesta “[...]la confianza de los usuarios (*en las telecomunicaciones*) en que no se pondrá en peligro su intimidad”⁸¹ dispuso lo siguiente:

Artículo 5. Los Estados miembros garantizarán, mediante normas nacionales, la confidencialidad de las comunicaciones realizadas a través de redes públicas de telecomunicación y de los servicios de telecomunicación accesibles al público. En particular, *prohibirán la escucha, grabación, el almacenamiento u otros tipos de interceptación o vigilancia de las comunicaciones por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de los usuarios interesados, [...]* (la cursiva es mía)

⁷⁶Ekmekdjian, Miguel Ángel. Hábeas Data. *El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*. Ediciones Depalma. Buenos Aires: 1996. Pág.7

⁷⁷Cremades, Javier. *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid: Gráficas Muriel S.A., enero 2002. Pág. 182

⁷⁸Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 Relativa al tratamiento de los Datos Personales y la Protección de la Intimidad en el sector de las Telecomunicaciones. Diario Oficial No. L024 de 30 de enero de 1998.

⁷⁹Ibíd. Segundo Considerando.

⁸⁰Ibíd. Tercer Considerando.

⁸¹Ibíd.

El derecho al secreto de las comunicaciones se fundamenta en la protección del derecho a la intimidad personal y familiar de los individuos. Dentro de redes públicas de telecomunicación se encuentra la Internet, fuente del comercio electrónico. El desarrollo del comercio electrónico puede llegar a vulnerar el derecho a la intimidad de los consumidores o usuarios en la medida que se puede “[...] exigir a la persona que desea contratar a través de Internet, la ejecución de ciertos actos que conllevan a la entrega de información personal privilegiada, con lo cual exponen, como es natural, la intimidad del consumidor.”⁸² Como respuesta a esta exposición del consumidor cabe señalar la importancia de su protección, la misma que tiene una doble funcionalidad. La primera consiste en reducir los niveles de daños a los que puedan ser sujetos los consumidores; y la segunda funcionalidad se reduce a proporcionar un incentivo para el mercado a través de la promoción de la competencia.

En la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, la Corte señala sobre el derecho a la vida privada en el párrafo 55 que si bien el Art.11 de la Convención Americana de Derechos Humanos no reconoce expresamente la interceptación de las comunicaciones como violación o injerencia en la vida privada, sin embargo:

La Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada.⁸³

⁸² Rincón Cárdenas, Erick. *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*. Centro Editorial Universidad del Rosario. Colección Lecciones de Jurisprudencia. Bogotá, D.C.: 2006. Pág. 191

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia del 27 de enero del 2009. En la acción que sigue Santander Tristán Donoso en contra del Estado de Panamá alegando la interceptación, grabación y divulgación de una llamada telefónica del Ab. Tristán Donoso con el señor Adel Zayed. El Fiscal Prado dentro de un proceso penal solicita al ex Procurador la interceptación de los teléfonos familiares de Zayed sin autorización del Ministerio Público. La sentencia de la Corte resuelve la no violación al derecho en los hechos de interceptación y grabación de la llamada, pero declara la violación a este derecho en la medida de su divulgación.

Cabe entender al derecho a la intimidad personal como la protección de la autorrealización del individuo, el derecho que tiene un individuo sobre decidir qué ámbitos de su vida desea mantenerlos en una esfera privada, entendiéndose este derecho como el elemento fundamental para la desconexión del individuo. Esta potestad de control de las personas encuentra respaldo y relación directa con la libertad.⁸⁴

1.2.1. Derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática

Como se mencionó en el acápite anterior, el derecho a la intimidad personal y familiar incluye la no injerencia de terceros dentro de la esfera de privacidad de los individuos. Asimismo, se mencionó las dos “caras” de este derecho: una negativa y una positiva. El derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática hace alusión al sentido positivo de este derecho, es decir el control que tiene un individuo sobre qué desea poner en conocimiento del público sobre sus propias experiencias, conductas, sentimientos o actos.⁸⁵ El concepto de libertad informática es “una respuesta jurídica global, es decir, inspirada en criterios supranacionales, para afrontar el asedio informático que subyace a determinados usos de las nuevas tecnologías en la sociedad globalizada.”⁸⁶

Dentro de la sociedad de la información, todos los usuarios se encuentran expuestos a violaciones de su intimidad realizadas bajo el uso abusivo e indiscriminado de medios técnicos, electrónicos y telemáticos⁸⁷. Bajo esta premisa de posible injerencia en la vida privada se ha propuesto una nueva dimensión de la libertad concebida como “la libertad informática”. Este concepto aparece como un nuevo derecho que permite a los usuarios la auto protección de la identidad informática a través del control de datos personales puestos

⁸⁴ Robollo Delgado, Lucrecio. *Derechos fundamentales y protección de datos*. http://books.google.com/books?id=DJvMLIUJ4vAC&pg=PA40&dq=derecho+a+la+intimidad+personal&hl=es&ei=oe4JTvGbMsWugQe4rPX2AQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDoQ6AEwAw#v=onepage&q=derecho%20a%20la%20intimidad%20personal&f=false. Pág.40

⁸⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique. *La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada*. Universidad de Sevilla. Pág. 4.

<http://www.google.com.ec/#hl=es&source=hp&biw=1362&bih=526&q=tutela+libertad+inform%C3%A1tica&aq=f&aqi=&aql=&oq=&fp=913b7d112c03e3d4>

⁸⁶ *Ibíd.* Pág.1

⁸⁷ *Ibíd.*

en conocimiento de proveedores en Internet o aquellos que hayan sido inscritos o registrados en un programa electrónico.⁸⁸ Como consecuencia, la libertad informática permite la protección y promoción del derecho a la intimidad familiar y personal.

El concepto de “autodeterminación informativa” nace como el derecho a la libertad aplicada a facetas distintas de la informática, como un aspecto del derecho general a la personalidad. Concretamente, se trata de una proyección de la libertad de decisión del individuo “[...] necesaria para el fomento de su bienestar privado y para el funcionamiento de una comunidad democrática”⁸⁹. El concepto de este derecho se venía analizando en la doctrina alemana e italiana⁹⁰, pero su concepción formal nace de una Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en 1983 en la que se declaró parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población, la misma que obligaba a los alemanes a suministrar datos personales para fines estadísticos. En la tan citada sentencia del tribunal alemán se reconoce el

“[...] derecho a la *autodeterminación informativa*, hasta entonces invocado por la doctrina jurídica, y concretado en la facultad de todo ciudadano de las sociedades democráticas de determinar: quién, qué, cuándo y con qué motivo puede conocer datos que le conciernen.”⁹¹

Así, la “autodeterminación informativa” nace configurada como un derecho fundamental de todos los individuos a controlar el uso de los datos personales tratados o insertos en un programa informático. Este derecho comprende diversas facultades otorgadas a su titular como: la oposición a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos que aquel legítimo que justificó su obtención o disponer sobre su transmisión,⁹² y además permite controlar el acceso de terceras personas a la identidad informática de un individuo, es decir la no injerencia de terceros en su vida privada.

⁸⁸ Ibíd. Pág.1

⁸⁹ Orti Vallejo, Antonio. *El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática*. Ministerio de la Presidencia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_002_305.pdf. Pág. 313

⁹⁰ Ibíd. Pág.313

⁹¹ Óp. Cit. Perez Luño. Pág.6

⁹² Llaneza González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y comunicación*. Editorial Bosch S.A. España: 2000. Pág. 260

Es pertinente presentar el caso de GeoCities v. Federal Trade Commission en el Estado de California en Estados Unidos. GeoCities es una comunidad virtual que permite a los usuarios crear páginas personales organizadas en orden temático que ofrece diferentes servicios como la creación gratuita de páginas de perfil y de correo electrónico, el servicio se obtiene a través de una aplicación *online* requiriendo la provisión de una serie de datos informativos identificables⁹³. GeoCities “vendía los datos de sus usuarios de manera inconsciente a terceros con fines comerciales.”⁹⁴ Se puso fin al conflicto cuando, a mediados de 1998, las partes firmaron un acuerdo frente al proceso iniciado por la FTC (Federal Trade Commission), “a cambio de que Geocities publicase en su página web un aviso sobre intimidad, explicando a los usuarios qué información estaba siendo obtenida de los mismos y con qué propósito, a quién estaba siendo transmitida y cómo se podía acceder a dichos datos y a exigir su cancelación.”⁹⁵ La cuestión fundamental que debe resaltarse del caso GeoCities es el mecanismo de recolección de información, es decir a través de las formas de aplicación *online*. Los formularios de aplicación recogía datos -de los usuarios incluyendo niños- que eran mandatorios para el acceso al servicio, entre estos: nombres completos, dirección de correo electrónico, código postal, género, fecha de nacimiento.⁹⁶ Desde el momento en que la recolección de datos se vuelve obligatoria para el usuario con el fin de acceder al servicio, se puede encontrar en una situación que disminuye la capacidad de control y disposición voluntaria de los datos personales e información, afectándose la libertad informática.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional español ha reconocido la existencia del derecho a la “libertad informática” como un derecho autónomo basado en el derecho a la intimidad, el mismo que señala que:

⁹³ Federal Trade Commission. *Internet Site Agrees to Settle FTC Charges of Deceptively Collecting Personal Information in Agency's First Internet Privacy Case*. 13 de agosto de 1998. <http://www.ftc.gov/opa/1998/08/geocitie.shtm>

⁹⁴ Óp. Cit. Llaneza Gonzalez. Pág.260

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Federal Trade Commission. In the Matter of GeoCities, a corporation. DOCKET NO. C-3850. *Misrepresentations involving information collection by GeoCities*. <http://www.ftc.gov/os/1999/02/9823015cmp.htm>

[...] garantiza a la persona el poder de control y disposición sobre sus datos personales. Pues confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos.”⁹⁷

Concluye en Tribunal Constitucional que el derecho fundamental a la libertad informática está conformado por un conjunto de derechos que pueden ejercer los titulares de los datos personales en cuanto preexista el conocimiento de su almacenamiento, contenido, uso y destino de los datos obtenidos, ya reposen en ficheros públicos o privados.⁹⁸ La doctrina italiana considera a este derecho como la “libertad informática” y la teoría discute si éste es un derecho con su propio contenido sustancial, o bien si forma parte u otra dimensión del derecho a la intimidad.⁹⁹ No hace falta determinar si a este derecho se denomina “autodeterminación informativa” como ha reconocido la doctrina y jurisprudencia alemana, o bien si se le reconoce como “libertad informática” como ha sido el reconocimiento en la doctrina francesa, italiana y española, lo importante es reconocer el nacimiento y evolución de derechos fundamentales conforme evoluciona las TIC y su preocupación internacional.

Pérez Luño señala que los derechos humanos hoy en día presentan “rasgos inequívocamente novedosos” al polarizarse o enfrentarse a temas como la libertad informática o el derecho de los consumidores. Con respecto a esto, Pérez Luño señala que nos hallamos ante la tercera generación de derechos humanos que complementan fases anteriores sobre los derechos económicos, sociales y culturales conocidos como derechos de segunda generación:

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una tercera generación de derechos humanos

⁹⁷ Óp. Cit. Amadeo Gadea. Sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en contra de los Art. 24, 31, 39, 40.1 y 2 de la Ley Orgánica 5/1992 . Anexo de Jurisprudencia. Pág. 167

⁹⁸ Ibíd.

⁹⁹ Óp. Cit. Orti Vallejo. Pág.315

complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual ya los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰⁰

Por consiguiente, se desglosa que los derechos y libertades de tercera generación nacen como una respuesta al fenómeno de la “contaminación de las libertades”, término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona¹⁰¹ relacionan con la degradación que sufren los derechos fundamentales ante determinados usos negativos o abusos de las nuevas tecnologías de información y comunicación.¹⁰²

Dado este contexto complejo, es necesario que los derechos humanos sean entendidos desde una dimensión global. Así, el desarrollo de la “autodeterminación informativa” o la “libertad informática”, se deben enfocar dentro de los términos de cooperación internacional, más aún cuando las comunicaciones en la actualidad tienen el carácter de globales.

Esta exigencia incide, de forma muy especial, en la tutela de la libertad informática, pues resulta evidente que las agresiones a este derecho poseen una dimensión internacional y, por ello, su respuesta no puede quedar entorpecida por las limitaciones propias de los ordenamientos jurídicos nacionales.¹⁰³

De manera que resulta necesario e imperante concebir la libertad informática desde una perspectiva globalizadora, y esta perspectiva globalizadora implica avanzar hacia soluciones jurídicas supranacionales¹⁰⁴ que permitan la protección de la libertad informática como una ampliación del concepto del derecho a la intimidad.¹⁰⁵

1.2.2. Act of Privacy

La teoría anglosajona ha concebido el derecho a la intimidad o a la vida privada bajo el concepto de “*privacy*” o “*right of privacy*”. El derecho a la vida privada, según Wacks es la protección de un individuo en contra del mal uso de información personal o

¹⁰⁰ Óp. Cit. Pérez Luño. Pág. 6

¹⁰¹ “Liberties Pollution” es el término que da la teoría anglosajona al concepto de “contaminación de las libertades”.

¹⁰² Óp. Cit. Pérez Luño. Pág. 64

¹⁰³ *Ibíd.* Pág.66

¹⁰⁴ *Ibíd.* Pág.66

¹⁰⁵ Óp. Cit. Ortis Vallejo. Pág. 321

sensible.¹⁰⁶ Esta acepción planteada hace referencia a la dimensión negativa del derecho a la intimidad en la medida que protege, a los titulares del derecho, de la no injerencia de extraños dentro de la esfera de privacidad. Por otra parte, existe una concepción sobre el término “*privacy*” como la exigencia de los individuos, grupos o instituciones para auto determinarse en la medida de cuándo, cómo y qué tipo de información están dispuestos a divulgar.¹⁰⁷ De esta perspectiva de la vida privada anglosajona, se ratifica el derecho a la autodeterminación informativa utilizando el concepto de Westin: “the extent to which an individual has control over information about himself or herself.”¹⁰⁸

El concepto de “*privacy*” en la teoría anglosajona, específicamente en Estados Unidos, ha evolucionado en diferentes momentos. Un momento previo a la determinación del concepto actual de “privacidad” concibió al derecho a la vida privada relacionada directamente con temas de género y de identidad sexual. Este concepto nace de casos como *Griswold v. Connecticut* (1965), en el que la Corte prohibió el uso y distribución de dispositivos anticonceptivos señalando que este derecho incluía la libertad de las parejas casadas para decidir qué hacer dentro de su “privacidad.” Posteriormente, en el caso *Eisenstadt vs. Baird* (1972) la Corte extendió la distribución de anticonceptivos a personas sin vínculo matrimonial bajo el concepto de que la privacidad es:

[T]he right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.¹⁰⁹

Es menester citar la jurisprudencia emitida en virtud del caso *Bowers v. Hardwick* en la que se discute si la Constitución Federal americana confería a los homosexuales el derecho de comprometerse en sodomía. Esta sentencia reduce el ámbito de protección del

¹⁰⁶ Wacks, Raymond. Volume I: *Privacy*. The international Library of Essays in Law and Legal Theory. New York University Press. New York: 1993. Pág. xiii. “At the core of the preoccupation with the “right to privacy” is protection against the misuse of personal, sensitive information”.

¹⁰⁷ *Ibíd.* Pág. xiii. “the claim of individuals, groups or institutions to determine themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others.”

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ Rubinfeld, Jed. “The right of privacy”. *Harvard Law Review*. Volume 102. February 1989. Number 4. En: Wacks, Raymond. Volume I: *Privacy*. The international Library of Essays in Law and Legal Theory. New York University Press. New York: 1993. Pág.310

concepto de privacidad a: matrimonio, procreación y relaciones de familia.¹¹⁰ Concepto que cambiaría posteriormente en la sentencia emitida por la Corte Suprema de Estados Unidos señala en el caso *Lawrence v. Texas* (2003)¹¹¹, en el que amplía la extensión de la protección de la privacidad hacia las conductas más privadas de los seres humanos en los lugares más privados como es el hogar. En esta sentencia la Corte desconoce la relación entre la formalidad de las relaciones personales y la intimidad, sino que amplía el concepto de privacidad hacia la generalidad de los individuos como parte de la libertad personal de elegir.¹¹² Como consecuencia de este precepto, la Corte aborda la privacidad partiendo de que el Estado no puede abusar de sus propias instituciones protegidas por la ley, de manera que las personas adultas tienen la libertad de escoger su propia vida privada sin que sea privado de su libertad.¹¹³ Siendo la privacidad parte de la libertad de elegir se debe entender a este precepto como la facultad de realizar actos positivos que permitan la externalización de su intimidad, como sería la libertad de los usuarios en realizar actos positivos para publicar sus actos o abstenerse.

Posteriormente, se amplió este derecho hacia el concepto de “autodefinición” basado en el principio de la personalidad de un individuo.¹¹⁴ La “personalidad” constituye los actos, facultades y cualidades de una persona, siendo tan importantes para ésta que permite identificarse como ser humano autónomo y desarrollar una identidad personal¹¹⁵.

La teoría de Warren y Brandeis (1890) hace un interesante aporte a la doctrina del concepto del derecho a la privacidad para la teoría anglosajona. La teoría parte del principio general recogido en el *common law*: “full protection in person and in property”¹¹⁶. Además plantean la necesidad de establecer hasta dónde se puede extender la protección a la persona y a la propiedad debido a los cambios y demandas sociales que aparece conforme

¹¹⁰ *Ibíd.* Pág.312

¹¹¹ *Lawrence v. Texas* (Estados Unidos). 2003. Pág.917

¹¹² *Ibíd.* Pág.914

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Óp. Cit.* Rubinfeld. 314.

¹¹⁵ *Ibíd.* Pág.317

¹¹⁶ Warren, Samuel and Louis Brandeis. *The right to privacy*. Harvard Law Review. Vol. IV. Boston: Diciembre de 1890. Pág. 1. http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html

avanzan los tiempos¹¹⁷. El avance de la civilización y la influencia de la cultura generaron una ciudadanía más vulnerable y sensible a la publicidad, de manera que la privacidad se advenía como un eje esencial del desarrollo a fin de proteger al individuo de la inestabilidad y afectación mental¹¹⁸; “far greater than could be inflicted by mere bodily injury.”¹¹⁹

Warren y Brandeis plantearon la afectación a la privacidad vista desde un ángulo diferente: la afectación a los sentimientos y emociones de los individuos (como parte de su derecho a la intimidad, personalidad y privacidad) representadas en objetos materiales cuando no se encuentra bajo protección de propiedad intelectual.¹²⁰ La teoría presenta que la protección que se da a los objetos materiales no protegidos con derechos de autor, deben ser objetos de protección en virtud de la personalidad que en éstos se manifiesta. Es decir que si el titular no ha querido publicar en medios de reproducción, el individuo debe tener la capacidad de decidir sobre en qué medida se divulga su expresión.¹²¹ Esto tiene fundamento en cómo se crean las manifestaciones materiales de la expresión, como imágenes o retratos. Aquellas expresiones de identidad tienen su origen en el espacio doméstico; si una persona tiene en su poder escritos, diarios personales, emails, mensajes o manifestaciones de sus sentimientos que provienen de su propia identidad y se publican, no se debe entender como una afectación a la propiedad intelectual debido a que su peculiaridad no está protegido por el sistema de derechos de autor, sino que cualquier colección de manifestaciones de sentimientos y expresiones debe ser protegido por el derecho a la privacidad.¹²² “Likewise, an unpublished collection of news possessing no element of a literary nature is protected from privacy”¹²³ Esto conlleva a la conclusión que la protección que merecen los pensamientos, sentimientos y emociones expresadas a través de cualquier medio que no se pretende publicar, debe encontrar su refuerzo en la

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ *Ibíd.* Pág.3

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Ibíd.* Pág.4

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.* Pág.5

¹²³ *Ibíd.*

inviolabilidad de la personalidad.¹²⁴ (“[...] is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone.”¹²⁵)

Warren y Brandeis plantearon limitaciones del derecho a la privacidad: 1. Comentarios o críticas frente a temas de interés general o de opinión pública. Está diseñada de tal manera, que los sujetos de protección son aquellos quienes la intromisión sobre su comportamiento y expresión no es legítimo.¹²⁶ 2. El derecho a la privacidad no se aplica en comunicaciones oficiales, como en la publicación de las sentencias de la Corte, Asambleas Generales, reuniones parroquiales y expresión de opinión en lugares naturalmente públicos. 3. Publicación oral que no produzca daños al interesado 4. La privacidad desaparece cuando existe el consentimiento del interesado.¹²⁷ 5. La verdad de los hechos publicados no otorga defensa a quien afectó. 6. La falta de “malicia” en la publicación no otorga defensa a quien afectó al derecho.¹²⁸ El derecho a la privacidad encuentra fundamento cuando se ataca de cualquier manera a la identidad personal, el desarrollo de la personalidad, sobre todo cuando es una manifestación expresa de los más profundos sentimientos, pensamientos y emociones de los individuos.

El derecho anglosajón no ha concebido expresamente el derecho a la “autodeterminación informativa” o “libertad informática”. Sin embargo, se ha considerado el concepto de “*autonomy*” o “*informational privacy*” en la que se pretende enfatizar la vulneración del derecho a la privacidad por el hecho de haberse recogido o catalogado información que podría resultar en la revelación de noticias y datos personales de los individuos cuyo conocimiento quiere limitarse dentro de un círculo restringido.¹²⁹ Frente a la revolución tecnológica del S.XIX, la comunidad se veía amenazada a las injerencias en la vida privada y nacía la obligación de ampliar el concepto de “*privacy*”. Frente esta situación global, “The law called the “invasion of privacy” was encouraged and adopted by courts and commentators to erect at least some protection against the embarrassing mental

¹²⁴ *Ibíd.* Pág.6

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.* Pág.10

¹²⁷ *Ibíd.* Pág.11

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Óp. Cit.* Orti Vallejo. Pág.312

distress that could affect individuals.”¹³⁰ Como consecuencia, se concibió el derecho a la privacidad ya no solo como aquella libertad del individuo de controlar bajo su esfera aquello que no pretende divulgar además de la no injerencia de terceros en la misma, éste se entendió, además, como aquel derecho que permita a las personas el desarrollo libre de su identidad y “autodefinición” adoptando medidas de protección frente a aquello que pudiera afectar mentalmente al individuo.

1.3. Derecho a la protección de datos personales

Roberto Cesario manifiesta que el objeto de este derecho son los “datos personales” a los mismos que se les debe considerar como un bien *per se*, susceptible de protección: “En este punto se trata de aprehender el concepto de dato como un producto o un servicio, como un bien en sí mismo; es decir, como algo que tiene valor económico y jurídico propio, [...]”¹³¹ Que además de constituir un bien jurídico valioso “cabe extremar los recaudos para protegerlos adecuadamente, brindándoles toda la seguridad posible, la cual comprende tres aspectos referidos a sus principales características: la integridad, la disponibilidad y la confidencialidad.”¹³²

El objeto de protección de este derecho son “los datos” de carácter personal. La doctrina ha dicho que “La palabra *dato* viene del latín *datum*, y significa *antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho*”.¹³³ El carácter de personales se define como “aquellos que tienen características indentificadorias de las personas o que se les puede

¹³⁰ Thompson, Robert T. III. *Image as personal property: how privacy law has influenced the right of publicity*. UCLA Entertainment Law Review. Volume 16:1. EBSCO E-Library. http://content.ebscohost.com/pdf23_24/pdf/2009/2QHT/01Jan09/44395299.pdf?T=P&P=AN&K=44395299&S=R&D=a9h&EbscoContent=dGJyMMTo50SeqLM4y9fwOLCmr0mep7FSsKe4TbaWxWXS&ContentCustome r=dGJyMPGvt0uxq7RPuePfgex44Dt6fIA. Pág.160

¹³¹ Cesario, Roberto. *Habeas Data*. Ley 25.326. Editorial Universidad. Buenos Aires: marzo del 2001. Pág.24

¹³² *Ibíd.* Pág.25

¹³³ *Ibíd.* Pág.21

imputar a ellas; adquiriendo una significativa importancia la regulación del uso de los mismos”¹³⁴.

Por consiguiente, los datos personales nos permiten deducir inferencias legítimas que son imputables a una persona y la identifican como particularmente único. El ser humano es materia de registro de datos desde su nacimiento hasta la muerte, ya que se registra la fecha de nacimiento, padres y locación (en la partida de nacimiento), registro civil, registro médico, registro crediticio, asociaciones políticas, deportivas, registro migratorio, registro fiscal, seguros, etc. De manera que si hacemos una recopilación de aquellos “datos” se puede deducir las condiciones de una persona. Así, la utilización de los datos de un individuo “en conjunto” nos permite crear una historia lineal de sus antecedentes, hábitos, gustos y consumos. Estos datos no están sujetos a principio de publicidad sino que se comportan como “personales” que no pueden ser divulgados sino por el mandato de una ley o la autorización expresa de los titulares.¹³⁵

Inicialmente, las leyes y regulaciones concernientes al acceso y protección de datos personales trataban del sector público [...] Sin embargo, las organizaciones privadas están utilizando cada vez más informaciones sensibles y datos personales, porque los gobiernos fueron descargando varios servicios en el sector privado, a medida que surgían nuevas oportunidades en el campo del comercio electrónico.¹³⁶

Por consiguiente, la implementación de las TIC se han expandido de manera que las posibilidades de recopilar, almacenar, acceder, y comparar la información personal han crecido exponencialmente.¹³⁷ Dentro del contexto del derecho informático, el derecho a la protección de datos personales “hace alusión a la protección del derecho dentro del ciberespacio.” La protección a este derecho puede nacer de distintas relaciones que permita el intercambio de datos personales. Un ejemplo es dentro del comercio electrónico:

¹³⁴ Delpech Fernández, Horacio. Internet: Su problemática jurídica. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2001. Pág.210

¹³⁵ *Ibíd.* Pág. 217 y 218, sobre lo recogido en la Ley 25.326 de Argentina, la que se basa en la Ley 17/99 de Protección de Datos de Carácter Personal de España y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento y Consejo Europeos de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a libre circulación de éstos.

¹³⁶ *Óp. Cit.* Fried, Jonathan. Pág. 5

¹³⁷ *Ibíd.*

“que en su acepción más común hace referencia a las transacciones comerciales electrónicas, es decir, a la compraventa de bienes o prestación de servicios, así como las negociaciones previas y otras actividades posteriores relacionadas con los contactos, especialmente las relativas a la ejecución contractual, efectuadas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de comunicación.”¹³⁸

Dentro de las transacciones comerciales *online* se concede información personal de los usuarios como números de tarjetas de crédito, domicilio, teléfonos de contacto, e-mail de contacto, nombres y apellidos completos, además de dejar un rastro de ítems buscados, adquiridos o desechados. Como consecuencia, “[...] esta información, como es práctica usual en Internet, se convierte en una base de datos con relevancia económica que puede ser enajenada por el proveedor a otras compañías que se dediquen a publicidad directa.”¹³⁹, a través del *mailing o telemarketing*.

Con el fin de mantener la vigencia extraterritorial del derecho a la protección de datos personales, se debe asegurar que “[l]a recogida, procesado y almacenamiento de los datos de los usuarios ha de limitarse a los supuestos en que sea necesario para objetivos explícitos, especificados y legítimos.”¹⁴⁰, que hayan sido manifestados con anterioridad a la obtención. Por consiguiente, el editor de una página web debe informar a los usuarios antes de empezar a utilizar el servicio qué datos obtiene, cuáles procesa, con qué fines y por cuánto tiempo los conserva como parte de su patrimonio.¹⁴¹ Esto debido a que:

Internet es, por definición una red global. Ello implica que el usuario, una vez que los datos salen de su ordenador, desconoce la ruta que éstos siguen hacia su destino, en qué puntos intermedios se almacenan temporalmente y quién puede acceder a ellos, copiarlos, modificarlos y utilizarlos para una finalidad diferente de aquélla para la cual los entregó.¹⁴²

Tomando en cuenta el crecimiento de las TIC, y atendiendo a esta naturaleza global de la red abierta es imperante la estandarización de la protección de datos personales. La informática permite no solo el acceso a datos personales que han sido provistos, sino

¹³⁸ García Rubio, María Paz. “Bases de datos y confidencialidad en Internet”. En: Echebarría Sáenz, Joseba A. (Coordinador) *El comercio electrónico*. Edisofer, S.L. España: 2001. Pág. 463.

¹³⁹ Óp. Cit. Rincón Cárdenas. Pág.191

¹⁴⁰ Óp. Cit. Llana. Pág.262

¹⁴¹ *Ibíd.* Pág.262

¹⁴² *Ibíd.* Pág.274

permite recopilar millones de datos personales por segundo, distribuir electrónicamente los mismos y obtener beneficios económicos de su comercialización. El beneficio y peligro de la obtención acelerada de información afecta a la comunidad global desde que el mundo se encuentra conectado a través de la red pública y abierta, Internet. En palabras de Jonathan Fried, “la protección de datos es una cuestión de encontrar el equilibrio perfecto entre los derechos de los individuos a que sus datos personales permanezcan privados, y resguardar el libre flujo de información.”¹⁴³ Como consecuencia, la promoción de este derecho debe darse a niveles supranacionales que permita una concepción unánime de su objeto, concepto y finalidad.

1.3.1. Concepto de “dato personal”

Para definir qué son los datos personales, resulta relevante observar la definición que trae la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de España, que en su Artículo 3 recoge el concepto de datos de carácter personal como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.¹⁴⁴ Asimismo, la Ley de Protección de Datos Personales 25.326 de Argentina, define en el Art.2 a los datos personales como “Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.” Esta ley aprobada en Argentina tomó en gran medida como modelo la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo Europeos de 1995, así como en la Ley Orgánica 15/99 de España.¹⁴⁵ Asimismo, es pertinente tomar en cuenta el concepto que recoge la legislación ecuatoriana sobre esta materia, la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos recoge en el Art. 6 el concepto de dato confidencial, en el que recoge el concepto de datos personales:

Son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales.

¹⁴³ Óp. Cit. Fried, Jonathan T. Pág. 7

¹⁴⁴ Ley 15/99 LORTAD (España). Artículo 3.

¹⁴⁵ Óp. Cit. Delpech, Fernández. Pág. 210

El concepto que recoge la legislación ecuatoriana puede encontrar cabida en el concepto desarrollado en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo en el Artículo 2 la que define a los datos personales como aquellos que permiten la generación de información sobre una persona física identificada o identificable:

“[...] considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social;”¹⁴⁶

Frente al concepto de datos es importante destacar a qué se refiere el tratamiento de datos. El tratamiento de datos personales hace alusión a “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no, mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales.”¹⁴⁷ De manera que las operaciones a las que se refiere sobre el tratamiento de datos hace alusión a todos los procesos en los que se encuentran comprometidos los datos personales como:

“la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción;”¹⁴⁸

Dentro del marco de la contratación electrónica y el comercio electrónico existen contratos que se desarrollan íntegramente en la red. Para la realización de este tipo de contratos, actos o negociaciones realizados a través de redes informáticas, “las partes proporcionan, muchas veces de modo voluntario, consciente y querido, datos relativos a su persona que, las nuevas tecnologías y en particular el uso de redes abiertas como Internet [...]”¹⁴⁹ pueden almacenar. Por ejemplo, cuando el usuario accede a una página como Facebook.com para crearse una cuenta, inmediatamente el posible usuario es requerido para ingresar ciertos datos mandatorios a fin de obtener una cuenta: nombre, apellidos, correo

¹⁴⁶ Directiva 95/46/CE. Parlamento Europeo y el Consejo. 24 de octubre de 1995. Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. L 28/31. http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_es.pdf. Artículo 2.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Óp. Cit.* García Rubio. Pág.464

electrónico, contraseña, sexo y fecha de nacimiento¹⁵⁰. Ingresados dichos datos, el usuario obtiene una cuenta. Para acceder al servicio es necesario ingresar el correo electrónico ya que éste es el nombre de usuario para acceder posteriormente a la cuenta, sin embargo puede considerarse que “El correo electrónico, como representación virtual de nuestra dirección postal, y por lo tanto, como un dato de carácter personal, puede ser empleado para la remisión de publicidad indeseada, como el spam o el junkmail.”¹⁵¹ El uso del correo electrónico actualmente es necesario para mantener las relaciones sociales, profesionales y de negocios activas, éste es el nuevo medio de comunicación y correspondencia. Si es un dato que nos hace identificables como individuos, según la Ley española, argentina, la Directiva 45/96 del Consejo de Europa y a ley ecuatoriana el correo electrónico es un dato personal. Como consecuencia, si para obtener el servicio de Facebook, solicitan el ingreso de dicho dato, existe un tratamiento de datos personales masivos de los cuáles no se obtiene un “para qué”, “por qué” o “cuándo” será utilizado.

1.3.2. Concepto de “dato sensible” y “dato confidencial”

La información sensible es aquella que se refiere a cuestiones privadas y que su conocimiento general puede ser generador de perjuicio o discriminación. De manera que la publicación de esta “información relacionada con preferencias y comportamientos sexuales, religión, filiación política o gremial, religión, raza, etc.”¹⁵² se encuadra exactamente en la esfera del derecho de protección de datos con el fin de evitar la publicación o divulgación. La excepción a estos datos son aquellos que se relacionen directamente con actos claros y manifiestos de los individuos salvo que induzca a que la información relacionada no es “sensible” para el titular o por el contrario ésta se encarga de exponerlos de manera pública.¹⁵³ Un ejemplo de información que es sensible y deja de serlo por el hecho de publicarse de manera consentida puede ser relacionado con vídeos producidos por

¹⁵⁰ Facebook.com. Regístrate. <http://www.facebook.com/>

¹⁵¹ Óp. Cit. Llana. Pág.272

¹⁵² Pierini, Lorences y Tornabene. *Hábeas Data: Derecho a la Intimidad*. Editorial Universidad. 1999: Buenos Aires. Pág.25

¹⁵³ *Ibíd.*

individuos dentro de su espacio íntimo o privado, posteriormente los individuos “cuelgan” en la Red Abierta (Internet) a través de portales como YouTube o Facebook.

La Ley de Protección de Datos Personales 25.326 de Argentina define en el artículo 2 que son datos sensibles aquellos que revelan el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.¹⁵⁴ Estos datos constituyen el objeto de protección del derecho a la privacidad, así como la intimidad y el honor y el derecho a la protección de datos personales. “El derecho a la intimidad, al honor, a la imagen [...] y al resto de derechos personalísimos que son inherentes a la esencia misma del hombre, deben preservarse y guardarse con absoluto recelo, respeto y secreto, [...]”¹⁵⁵ El presente criterio también es recogido por la legislación, jurisprudencia y doctrina internacionales; en todos los casos se tiende a preservar el derecho de intimidad y el respeto sobre la “información sensible”, en el convencimiento de que la misma no debe utilizarse para su almacenamiento en base de datos alguna, por no pertenecer la información más que a la propia persona.¹⁵⁶

Tal y como los usuarios pueden publicar información sensibles a través de canales públicos, es importante cuestionar que sucede con las imágenes o qué tratamiento debe darse a la misma. El desarrollo de las tecnologías de información y comunicación ha permitido que los usuarios de redes públicas de comunicación tengan contacto permanente por medio de mensajes de datos o llamadas a través de celulares móviles. Los medios de comunicación a través de redes abiertas permite el uso de la imagen personal de los usuarios como mecanismo de identificación de la persona. La imagen, hoy en día, además de constituir el mecanismo más efectivo de determinar los intervinientes en un proceso de comunicación puede ser guardada en la memoria de los ordenadores a través de una simple “descarga” o “*copy-paste*”. Por el uso que dan los usuarios a las imágenes dentro de las redes sociales, se puede plantear que las imágenes constituyan datos personales que permite la individualización de las personas. Los usuarios, actualmente, utilizan la imagen como

¹⁵⁴ Óp. Cit. Fernández Delpech, Horacio. Pág. 210

¹⁵⁵ Óp. Cit. Pierini. Pág.25

¹⁵⁶ *Ibíd.* Pág.26

mecanismo de retrato de lo más íntimo, es decir como memoria de momentos íntimos o públicos. Las imágenes son la manera más clara de manifestar gustos, tendencias, actividades afín, ideología, inclinación sexual, etc. Es decir que a la imagen personal se le puede dar el tratamiento jurídico de dato personal, como se analiza posteriormente.

1.4. Concepto de los Contratos de adhesión electrónicos

Las nuevas tecnologías de información y comunicación han generado un impacto económico, que genera cuestiones jurídicas inmediatas. “En este nuevo contexto, el papel del derecho, como fuente reguladora de las relaciones sociales, se convierte en el presupuesto fundamental para el desarrollo de lo que se ha denominado *sociedad de la información* [...]”¹⁵⁷ Por otra parte, el incremento de las negociaciones *online* ha generado innumerables transacciones dentro del comercio para entablar nuevas relaciones comerciales, a las que preceden un acuerdo de voluntades (contratos) entre el proveedor (de bienes o servicios) y el consumidor o usuario.¹⁵⁸ Por consiguiente, se debe reconsiderar la teoría de los contratos en virtud de nuevas formas de contratación que constituyen nuevas prácticas a nivel mundial.¹⁵⁹

La contratación electrónica se ha concebido bajo principios reguladores como la equivalencia funcional de los actos electrónicos. Este principio constituye el fundamento de la vigencia del derecho tradicional aplicado a las nuevas tecnologías y se simplifica en que: la función jurídica que cumplen los documentos escritos u orales respecto de los actos jurídicos se extiende a la utilización de instrumentos electrónicos para la manifestación de voluntad de un sujeto.¹⁶⁰ Además de este principio, existe el reconocimiento del principio de neutralidad tecnológica, siendo éste aquel que permite que las legislaciones que versen sobre tecnologías se encuentren diseñadas de tal manera que incluyan aquellas que fueron

¹⁵⁷ Óp. Cit. Rincón Cárdenas, Erick. Pág. 21.

¹⁵⁸ Radin, Margaret Jane y otros. *Internet Commerce: The emerging legal framework*. Foundation Press. Segunda Edición. New York: 2006. Pág.791.

¹⁵⁹ *Ibíd.* Pág.791

¹⁶⁰ Óp. Cit. Rincón Cárdenas. Pág.33

el fundamento de su creación, las que se encuentren en desarrollo y de las que se pudieran crear en el futuro.¹⁶¹

Asimismo se reconoce el principio de buena fe, siendo aquel que con base en la confianza generada entre los contratantes debe cumplirse estrictamente en la medida que el intercambio o prestaciones efectuadas en los contratos se realiza mediante soporte tecnológico.¹⁶² La libertad contractual se ha planteado como una manifestación enmarcada en el marco del derecho a la libertad de contratación expandiéndose a las TIC, permitiendo a la actividad comercial beneficiarse de las vías electrónicas. Finalmente, en el marco de la contratación electrónica se ha reconocido el principio de la inalterabilidad del actual régimen del derecho de las obligaciones y contratos privados. Este principio ratifica el derecho sustancial de las obligaciones y contratos que se contraen a través de soportes electrónicos, de manera que el derecho aplicable a la perfección, ejecución y terminación del contrato es el derecho tradicional sobre el negocio jurídico y contratos.¹⁶³

El concepto de contrato electrónico parte de la premisa del concepto tradicional de contrato como convenio o concurso de voluntades que tiene fuerza vinculante para las partes.¹⁶⁴ Por otra parte, el carácter de electrónico hace alusión al medio técnico utilizado entre las partes para formalizar el contrato y manifestar su voluntad de obligarse.¹⁶⁵ Los medios técnicos utilizados son aquellos que mediante su utilización existe un elemento electrónico que, además, influye de manera directa dentro del proceso de la formación de la voluntad¹⁶⁶ como: oferta *online*, aceptación a través de un mensaje de datos, autorización de pago a través de un procesador, etc.

Frente a la realidad de flujo acelerado de información en plataformas electrónicas, el mundo contractual ha sufrido cambios profundos durante el desarrollo de las TIC. Una de las transformaciones evidentes es la masividad de las relaciones jurídicas, la misma que

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² *Ibíd.* Pág.34 y 35

¹⁶³ *Ibíd.* Pág. 35

¹⁶⁴ Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid: 2007.

¹⁶⁵ *Óp. Cit.* Llaneza. Pág.309

¹⁶⁶ *Óp. Cit.* Rincón Cárdenas. Pág.84

originó la contratación por adhesión y las condiciones generales de contratación.¹⁶⁷ La masividad de usuarios ha permitido la creación de contratos de adhesión que recoge la posibilidad de que una página web ofrezca un servicio y que la aceptación de los términos contractuales se de a través de un *click* que “constituye una expresión positiva de la voluntad y, por tanto, una forma de obligarse, es decir, de expresar consentimiento.”¹⁶⁸ Esta forma de contratación *online* constituye la adhesión de los usuarios a cláusulas generales predispuestas por el proveedor del servicio originándose un contrato de adhesión.

Los beneficios de los contratos de adhesión electrónicos no solo se distribuyen para las empresas que intercambian entre sí bienes o servicios sino también a consumidores. Aquellos contratos que permiten el mercado fluido y la transferencia de información comercial entre empresas es el denominado *e-commerce business to business* (B2B).¹⁶⁹ Por otra parte, otro tipo de relaciones jurídicas más sensibles es el comercio empresa-consumidor o *business to consumer* (B2C) en el que una empresa ofrece un servicio o bien a través de las TIC y el consumidor o usuario los adquiere.¹⁷⁰ Dentro del comercio electrónico es necesario hacer diferencia entre el comercio electrónico directo e indirecto. *El comercio electrónico indirecto* es aquel que solamente la oferta y la aceptación se desarrollan dentro de plataformas electrónicas, mientras que la configuración de la entrega de los bienes y los servicios se desarrollan por medio de los canales ordinarios. Por otra parte, el *comercio electrónico directo* se produce en línea tanto la oferta como la aceptación, asimismo también se configura *online* “[...] la entrega de bienes y servicios intangibles y el pago de los mismos. Esta modalidad puede referirse a los servicios de información, ocio, enciclopedias en línea, actualizaciones y consulta de bases de datos, [...]”¹⁷¹

Las diferentes modalidades de los contratos electrónicos de adhesión han sido discutidas por la doctrina. Los medios informáticos presentan una modalidad contractual

¹⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 82

¹⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 131.

¹⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 187

¹⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 187

¹⁷¹ Echebarría Sáenz, Joseba A (Coord.) *El Comercio Electrónico*. Edisofer S.L. Madrid: 2001. Pág.34

denominada “*clickwrap agreement*”, aquellos en los que los términos del acuerdo se despliegan en la pantalla del ordenador cuando una persona desea utilizar un servicio. De esta manera, el usuario es requerido a dar un *click* en un ícono que contiene palabras análogas a “Acepto”, en ese espacio el usuario, antes de adquirir el servicio, debe aceptar los términos del contrato como manifestación de la voluntad, es decir para perfeccionarse el contrato.¹⁷² Por otra parte también se ha analizado la modalidad “*browsewrap agreements*” la que supone la vinculación del usuario a los términos y condiciones de uso por actuaciones de los usuarios como la descarga de un software o la utilización de un website. Esta modalidad supone la aceptación a través de hechos notorios que suponen la voluntad del usuario.

Frente a ambas modalidades de contratación electrónica se debe tomar en cuenta que, cuando el usuario desea utilizar un servicio *online*, éste siempre es requerido a aceptar los términos y las condiciones de uso del servicio, ya sea a través de un acto de voluntad o por el hecho de utilizar el programa. Esto quiere decir que el usuario se encuentra obligado a aceptar unas condiciones preestablecidas, sin poder negociar, lo que constituye un contrato de adhesión. Siendo aquellos en que existe una previa redacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes por medio de formularios o modelos preestablecidos frente al que, la otra parte, solo le es permitido aceptar o no los términos.¹⁷³ Esta definición es concordante con los denominados “*browsewrap agreements*” y los “*clickwrap agreements*” utilizados en la contratación electrónica. Así, se ha ido manteniendo en vigencia la primera concepción de los contratos de adhesión que planteó Kessler en 1943 bajo la realidad de los contratos masivos estandarizados en el derecho anglosajón:

Standard contracts are typically used by enterprises with strong bargaining power. The weaker party, in need of the goods or services, is frequently not in a position to shop around for better terms, either because the author of the standard contract has a

¹⁷² Óp. Cit. Radin, Margaret Jane y otros. Pág.793

¹⁷³ Silva Ruiz, Pedro. “Contratos por adhesión, condiciones generales”. (Condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas) Pág.39. En: Alterini Aníbal, Atilio, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto (Directores). *Contratación contemporánea: Contratación electrónica y tutela del consumidor*. Volumen 2. Editorial Temis S.A. Bogotá: 2001.

monopoly (natural or artificial) or because all competitors use the same clauses. His contractual intention is but a subjection more or less voluntary to terms dictated by the stronger party, terms whose consequences are often understood only in a vague way, if at all. Thus, standardized contracts are frequently contracts of adhesion [...]¹⁷⁴

En el mundo virtual, especialmente en lo concerniente a redes sociales digitales, las relaciones contractuales se dan de manera masiva, dado que el objeto del contrato radica en el uso de medios de comunicación eficaces en la red abierta. Cuando una compañía presta servicios a 500 millones de usuarios¹⁷⁵, es físicamente imposible que logre crear tal número de contratos de manera individual, por lo que el uso de contratos estandarizados y la posición del usuario de “dejarlo o tomarlo”, conducen a la conclusión que los contratos utilizados en redes sociales digitales corresponden a contratos electrónicos directos de adhesión.

1.5. Jurisdicción y derecho aplicable a los contratos electrónicos

La naturaleza global de la Internet presenta una problemática en lo concerniente a la jurisdicción y derecho aplicable a la red. La palabra “globalización” ha aumentado la importancia del espectro transnacional, así como el crecimiento de la movilidad humana y el comercio. Partiendo de esta premisa, la percepción de los bordes territoriales ha dejado de ser la que consideró anteriormente.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Jordan, James V. y Judith B. Gitterman. *Franchise Agreements: Contracts of Adhesion?*. American Bar Association. Franchise Law Review. 1996. Pág.3. Los contratos estandarizados son típicamente utilizados por entidades de alto poder negociador. La parte débil, en necesidad de bienes y servicios, frecuentemente no se encuentran en la posición de contratar bajo mejores términos, ya sea porque el autor de los términos contractuales tiene un monopolio o porque todos los competidores utilizan el mismo tipo de cláusulas. Su intención no es más que una subordinación, más o menos voluntaria, a los términos dictados por la parte fuerte. Términos cuyas consecuencias son entendidos en vagamente o bien no son entendidos. De tal manera que los contratos estandarizados son frecuentemente contratos de adhesión.

¹⁷⁵ S/A. BBC News Technology. [Facebook hits 500m user milestone](http://www.bbc.co.uk/news/technology-10713199). “Social network giant Facebook has registered its 500 millionth member, the firm has announced.” 21 de Julio del 2010. <http://www.bbc.co.uk/news/technology-10713199>

¹⁷⁶ Schiff Berman, Paul. *The globalization of jurisdiction*. University of Pennsylvania Law Review. Pág.1

De esta manera, el primer inconveniente que nace de las relaciones jurídicas internacionales formadas a través de Internet es la determinación de la jurisdicción internacional. Dentro de los contratos celebrados *online* se puede establecer como fuente el derecho interno o los tratados internacionales; en la mayoría de casos, se prevé por medio de una cláusula de prorrogación voluntaria de jurisdicción¹⁷⁷. Es común que los contratos de adhesión contengan una cláusula de prórroga de jurisdicción, que constituyen como competente al juez del lugar en el que se encuentra domiciliado el operador, así el usuario o consumidor renuncian a su propio fuero¹⁷⁸. La cláusula de sumisión expresa que determina la jurisdicción competente, otorga seguridad jurídica al contrato y a quien está en la posición de comerciante, ya que éste puede ofertar el producto o servicio abiertamente en la red, sin asumir el riesgo de ser sometido a diferentes jurisdicciones¹⁷⁹.

En Estados Unidos se ha utilizado, a fin de determinar la jurisdicción aplicable a conflictos derivados de Internet, la distinción entre el uso pasivo y el uso interactivo de los usuarios respecto del servicio web¹⁸⁰. El principio que ha primado en virtud de la jurisdicción competente es en razón de la persona¹⁸¹. Para esclarecer los precedentes norteamericanos es pertinente hacer una diferenciación sobre lo que constituye el uso pasivo del uso interactivo de Internet. El contacto “interactivo” es cuando a través de la página web, las partes relacionadas pueden realizar transacciones comerciales o se puede intercambiar información entre el operador con los usuarios a fin de concluir en negocios¹⁸². Mientras que el uso pasivo de un sitio web se da cuando los operadores ponen a disposición de los usuarios información. Por consiguiente, mientras un sitio web tenga naturaleza comercial y la interacción con el usuario sea mayor, éste tiene mayor contacto con su propia jurisdicción.¹⁸³ En Estados Unidos, anticipada la jurisdicción *in personam*,

¹⁷⁷ Hocsmán, Heriberto Simón. *Negocios en Internet*. Editorial Astrea. Buenos Aires: 2005. Pág. 14.

¹⁷⁸ *Ibid.* Pág.15

¹⁷⁹ Calvo Andújar, Ana. “Resolución de conflictos en la contratación online”. En: Cremades Javier (ED.) *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid: Gráficas Muriel S.A., enero 2002. Pág.517

¹⁸⁰ Marzorati, Oswaldo J. “Reflexiones sobre jurisdicción y ley aplicable en internet”. En: Kleinheisterkamp, Jan y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.) *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 2002. Pág.307

¹⁸¹ *Ibid.* Pág.307

¹⁸² *Ibid.* Pág.307

¹⁸³ *Ibid.* Pág.307

hace referencia a la facultad de un tribunal de un Estado determinado en prorrogar su competencia sobre personas que no se encuentran dentro de la misma circunscripción territorial en el que la Corte se encuentra.¹⁸⁴ Las cortes tienen facultad legal de prorrogar su competencia a otro Estado si los elementos de contacto de la persona son continuos y sistemáticos hacia dicha Corte.¹⁸⁵

El estándar sobre los usos interactivos de las páginas web lo marco el Caso *Publications International vs. Burke/Triolo Inc* en el estado de Illinois (2000)¹⁸⁶. *Publications International*, una compañía domiciliada en el estado de Illinois demanda a la empresa californiana *Burke/Triolo Inc* por incumplimiento contractual, procedencia de origen falsa y competencia desleal. *Corporations*, una empresa dedicada a la elaboración y edición de libros de cocina, celebró un contrato con *Burke* cuyo objeto fue el de tomar fotografías a los productos finales a fin de incorporarlos en el libro. Aprovechándose de los materiales obtenidos, la empresa californiana decide desplegar las imágenes (como propias) en su *website* www.foodpix.com y la reproducción de las mismas en CD-ROM. Frente a la demanda de *Corporations*, *Burke/Triolo* se excepciona con la falta de competencia de la corte del estado de Illinois en razón del territorio ya que su domicilio se encuentra en California. Frente a esto la Corte resuelve lo siguiente: la mera existencia de un contrato entre las partes de diversas jurisdicciones no es suficiente para prorrogar la competencia en razón de la persona. Sin embargo, cuando el demandado mantiene contactos continuos y sistemáticos de negocios con la empresa demandante: “intentional, substantial, and continuous rather than inadvertent, trivial, or sporadic, that it continue up to the time of suit, and that it evidence a purpose on the part of the defendant to avail itself of the protection of the laws of Illinois.”¹⁸⁷

Asimismo, la Corte de Illinois resuelve sentando tres escalas existentes dentro del espectro de la interactividad *online*, determina las siguientes bases: 1) cuando el

¹⁸⁴ Óp. Cit. Radin, Margaret Jane y otros. Pág.326

¹⁸⁵ Ibid. Pág.327

¹⁸⁶ United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division (Estados Unidos). *Publications International, LTD., Plaintiff, v. Burke/Triolo, INC., Defendant*. No. 00 C 1666. 121 F. Supp. 2d 1178; 2000 U.S. Dist. October 16, 2000.

¹⁸⁷ Ibid. Pág.2

demandado efectúa claramente negocios con ciudadanos de su propia jurisdicción a través de sitios web, 2) el uso pasivo de los sitios web es cuando únicamente ponen información de manera accesible a usuarios de otras jurisdicciones, y 3) Una interactividad media, en la que el sitio despliega información accesible pero también permite que los usuarios contribuyan con su propia información.¹⁸⁸ De tal manera que, la prórroga de la jurisdicción *in personam* dependerá del nivel de interacción de la página web y de la naturaleza comercial de la información intercambiada entre los intervinientes.¹⁸⁹ Así como, Burke/Triolo efectuó relaciones comerciales con residentes de Illinois, a través de la página web y con la venta de catálogos directos, esto constituyó contactos sistemáticos con el territorio de Illinois, así concluye la Corte con la prórroga de competencia *in personam*. A esto se debe sumar que la interpretación en relación a la competencia de los jueces de otras jurisdicciones debe realizarse de manera independiente, caso por caso, a fin de resguardar los derechos del debido proceso, protegido por la ley federal.¹⁹⁰

En el caso *Arista Records Inc. v Sakfield Holding Company* (2004) en el Distrito de Columbia, Estados Unidos, la Corte Distrital hace un análisis sobre la jurisdicción concerniente al conflicto que surge a través del uso de una página web. El demandante, Arista Records es una empresa estadounidense dedicada a la grabación musical, mientras que el demandado, Sakfield Co, es una empresa española, domiciliada en Madrid que provee servicios *online* (www.puretone.com) que permite a los usuarios descargarse temas musicales. En la demanda, Arista Records alega que el demandado permite a los usuarios descargarse temas sobre los que Arista tiene derechos y no los ha cedido. En este caso, la empresa española alega no haber tenido relación comercial con ningún usuario radicado en el distrito de Columbia, por lo que no se aplica la prórroga de jurisdicción en razón de la persona. Frente a este argumento, la Corte exhorta a la empresa a disponer de información

¹⁸⁸ Ibid. Pág.2

¹⁸⁹ Ibid. Pág.2. Texto original: Whether a website can be the basis for personal jurisdiction depends on the level of interactivity and the commercial nature of the information exchanged.

¹⁹⁰ Ibid. Pág.5

privilegiada con la que cuenta Sakfield Co, a fin de esclarecer los puntos de contacto entre el distrito de Columbia y la empresa española.¹⁹¹

La empresa española funcionaba, por medio de la suscripción de los usuarios a la página web *puretone.com* a través de la cual los usuarios, después de aceptar los términos y condiciones de uso, aceptaban un contrato de licencia de software, descargaban el mismo; las primeras 25 canciones se podían descargar de manera gratuita; sin embargo, a partir de la siguiente los usuarios eran requeridos a realizar el pago por las siguientes descargas. Arista Records presentó como prueba el testimonio de un usuario radicado en el Distrito de Columbia, Jeff Henriksen.¹⁹² El testimonio de Henriksen señala que había descargado música a través de *puretone.com*. Frente a esto, la Corte cita el precedente existente en el que es necesaria una sola transacción comercial entre una página web radicada en el exterior y un residente del distrito, para que se encuentre el fundamento de la prórroga de competencia en razón de la persona, ya que esta relación comercial tiene consecuencias jurídicas en dicha jurisdicción. Las consecuencias jurídicas provienen de contratos que generan obligaciones para los residentes del D.C.¹⁹³ De manera que, el hecho de que el operador, aún radicado en el exterior, presenta puntos de contacto activos, continuos y sistemáticos con el Distrito de Columbia, éste es la jurisdicción competente para conocer del conflicto.¹⁹⁴ Las pruebas a favor de Arista Records demostraron que 241 usuarios de *Puretone.com* eran residentes del Distrito y habían descargado un total de 20.000 temas musicales¹⁹⁵, partiendo de esto la Corte resuelve positivamente a la prórroga de jurisdicción en razón de la persona¹⁹⁶.

The Court finds the data plaintiff extracted from the computer servers more than sufficient to establish that defendant maintained continuous and systematic contacts with the District of Columbia by entering into hundreds of contractual relationships

¹⁹¹ United States District Court for the District of Columbia (Estados Unidos). Arista Records, INC, et al., Plaintiffs, v. Sakfield Holding Company S.L., et al., Defendants. Civil Action Number 03-1474. Pág.6.

¹⁹² Ibid. Pág.6

¹⁹³ Ibid. Pág.7

¹⁹⁴ Ibid. Pág.8

¹⁹⁵ Ibid. Pág.9

¹⁹⁶ Ibid. Pág.10

with District residents through the Puretunes website and enabling the transfer of music files into the District, pursuant to those arrangements.¹⁹⁷

Debido al crecimiento de Internet, los negocios comerciales han empezado a utilizar la red con el fin de ofertar productos y proveer información. Así, un operador web puede estar situado en determinado espacio geográfico pero operar para consumidores o usuarios ubicados en diversos lugares, estableciéndose relaciones jurídicas y comerciales. Esta situación (sitio de uso activo) es apropiada para aplicar los principios de la jurisdicción *in personam*.¹⁹⁸ Sin embargo, en los casos en los que el operador únicamente ha ofrecido información en el sitio web y es accesible para personas de diferentes jurisdicciones (sitio pasivo) no constituye un fundamento para aplicar la jurisdicción en razón de la persona.¹⁹⁹

Otro de los problemas que presentan las relaciones jurídicas *online* es la determinación del derecho aplicable a las mismas. En materia de contratación electrónica predomina el principio de autonomía de la voluntad en el que las partes acuerdan voluntariamente sobre el derecho aplicable a su relación jurídica²⁰⁰. Por ejemplo, en la red social MySpace se puede encontrar la siguiente cláusula en los términos de uso del sitio web:

16. El Acuerdo se regirá e interpretará de acuerdo con las leyes del Estado de Nueva York, sin tener en cuenta sus disposiciones sobre conflictos de leyes. Usted y Myspace acuerdan someterse a la jurisdicción exclusiva de los tribunales con asiento en el Estado de Nueva York para resolver cualquier controversia que surja en relación con este Acuerdo o los Servicios Myspace.²⁰¹

Esta cláusula transcrita es una ejemplificación de la prórroga de la competencia de los jueces del Estado de Nueva York para los usuarios del servicio de MySpace. Asimismo, bajo el principio de autonomía de la voluntad, las partes escogen como derecho aplicable a

¹⁹⁷ Ibid. Pág.9. La Corte del Distrito de Columbia encuentra que la información del demandante extraída de los servidores es más que suficiente para establecer que el demandado mantenía contacto continuo y sistemático con el Distrito de Columbia al crearse varias relaciones contractuales con residentes de dicho Estado por medio del sitio web Puretune, permitiéndose la transferencia de archivos musicales dentro del Estado de Columbia.

¹⁹⁸ Óp. Cit. Radin, Margaret Jane y otros. Pág.330

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Óp. Cit. Hocsmán, Heriberto Simón. Pág.21

²⁰¹ MySpace. Terms of use. <http://www.myspace.com/help/terms>

la relación jurídica internacional a las leyes del Estado de Nueva York. Asimismo, la red social Facebook.com también establece cláusula de prórroga de competencia y de derecho aplicable en el Estado de California, establece:

1. You will resolve any claim, cause of action or dispute (claim) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook exclusively in a state or federal court located in Santa Clara County. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County, California for the purpose of litigating all such claims.²⁰²

En materia de contratación internacional ha sido, comúnmente aceptada la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad en cuanto al derecho aplicable. Así por ejemplo, bajo la celebración del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales del 19 de junio de 1980 a las partes de la Comunidad Europea, se recogió bajo el Título II “Normas Uniformes” en el Art.3 sobre la libertad de elección:

1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

En el mismo Convenio, se recoge, en el artículo cuarto, los principios aplicables a los contratos internacionales en caso de que las partes no hayan escogido el derecho aplicable. Es decir, que da un tratamiento primordial a la libertad de elección de las partes, y como subsidiario a los principios aplicables en caso de no haber un acuerdo de voluntad previo. A nivel interamericano se puede citar la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales celebrada en México en el 17 de marzo de 1994, en la que bajo el Título II “Determinación del derecho aplicable” en el Art.7 señala:

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

²⁰² Facebook. Terms of use. <http://www.facebook.com/legal/terms?ref=pf>

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

De manera análoga a lo dispuesto en la Comunidad Europea con el Convenio de Roma, en la región interamericana se reconoce el principio de la autonomía de la voluntad. Las disposiciones contenidas en esta Convención interamericana se pueden entender extensivas a la contratación electrónica, ya que en su artículo tercero la misma Convención hace una aproximación del alcance de la norma hacia “a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional”.

La autonomía de la voluntad, desde el punto de vista internacional, se puede entender de varias maneras. La autonomía conflictual hace referencia a la facultad que tienen los contratantes para elegir, expresa o tácitamente, la ley que regirá el contrato. Entendida esta aproximación, las normas de derecho internacional privado de producción doméstica se encuentran excluidas para regir el contrato.²⁰³ Por otra parte, la autonomía material se define como la posibilidad que tienen las partes de incorporar al contrato cláusulas creadas por los mismos a fin de referir a diversos sistemas jurídicos tanto la jurisdicción y el derecho aplicable, es decir que se puede escoger diferentes leyes que rijan a determinadas partes del contrato.²⁰⁴

Como conclusión, en cuanto a los contratos electrónicos, en especial de los contratos de adhesión, de la jurisdicción y derecho aplicable nacen del principio de autonomía de la voluntad de las partes, es decir, de lo que estipule a través de cláusulas contractuales. En el caso de las redes sociales digitales, éstos prevén en sus condiciones generales de uso y en los términos contractuales el foro y derecho aplicable al contrato en caso de conflicto.

²⁰³ Pardini, Aníbal A. *Derecho de Internet*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires: 2002. Pág.187

²⁰⁴ *Ibíd.*

2. Capítulo 2.- Análisis de los contratos de acceso a redes sociales digitales

En su artículo “*Computers as a communicational device*” (1968), Licklider y Taylor manifestaron su convicción de que a partir de la organización de los ordenadores digitales iba a revolucionar la comunicación entre las personas.²⁰⁵ Así, la función que se deseaba implementar era la de sustituir las líneas de comunicación con la interconectividad de mensajes. Tuvo prioridad la función de moldeado, encaminado hacia un rol interactivo de las computadoras, en la que la transmisión y procesamiento serían funciones convergentes. De esta manera, la fusión de ambas funciones traerían beneficios intelectuales y sociales, sin embargo los autores plantearon que esta sinergia traería obstáculos legales y administrativos.²⁰⁶

La respuesta que encontraron los autores fue la creación de una red experimental que permita el acceso desde múltiples computadoras. De esta manera, las computadoras concentrarían mensajes provenientes de varios usuarios y los programas se utilizarían a través de canales de larga transmisión y continuamente eficientes, a fin de reducir costos.²⁰⁷

Sin embargo, el movimiento que se creó fue el de una red que enlazaba comunidades separadas transformándola en una “supercomunidad”. Así la esperanza que formularon Licklider y Taylor fue la que alcanzar una interconexión que permita a todos los miembros de las comunidades acceder a programas y fuentes de información que se generaran en la “supercomunidad”.²⁰⁸ Actualmente, esta supercomunidad a la que hicieron referencia Licklider y Taylor abarca a un sinnúmero de redes en las que interactúan millones de usuarios, dentro de estas redes funcionan las, hoy denominadas, “redes sociales”. Desde su aparición, redes sociales como My Space, Facebook o Cyworld han

²⁰⁵ Licklider, J.C.R. y Robert. W. Taylor. *The Computer as a Communication Device*. Science and Technology. Abril, 1968. Pág.27

²⁰⁶ *Ibíd.* Pág.28

²⁰⁷ *Ibíd.* Pág.30

²⁰⁸ *Ibíd.* Pág.32

atraído a millones de usuarios, que han hecho de estas redes, prácticas diarias.²⁰⁹ Las redes sociales ofrecen a los usuarios diferentes beneficios en las que se comparten gustos e intereses; algunas de las redes permiten una interconexión entre usuarios preexistentes, mientras que otras permiten la búsqueda de nuevos “amigos” basados en gustos, tendencias e ideas compartidas²¹⁰.

Danah Boyd y Nicole Ellison han hecho un análisis del cual se desprende el concepto de una red social, calificaron a ésta como servicios prestados a través de sitios web que permite a los individuos a: 1) construir un perfil público o semipúblico 2) articular una lista de usuarios con quienes la persona tiene una conexión, y 3) observar e interconectar listas de contactos propias y de otros²¹¹. Cuando una persona crea una cuenta en una red social, inmediatamente es dirigido a un espacio en el que el usuario pondrá información personal relativa a sus gustos, ideología política, identidad sexual, edad etc. La mayoría de redes sociales motivan a los usuarios a subir a su perfil virtual una fotografía personal que la identifique como tal²¹². La visibilidad de los perfiles de los usuarios, en la mayoría de redes sociales, son accesibles y abiertos por *default*, o limitados siempre que el usuario lo determine. Un componente esencial de las redes sociales es la vinculación que ofrece el sitio a los usuarios, es decir que la lista de amigos de un usuario que se despliega ofrece hipervínculos sobre cada uno de ellos, a las que el usuario puede acceder²¹³.

Las redes sociales ofrecen servicios como la de enviar comentarios abiertos a los usuarios o enviar mensajes privados como un servicio de correo electrónico, asimismo existen redes sociales que permiten el intercambio de imágenes, de vídeos o de otras páginas web. Existen redes sociales, como Facebook que permite el uso de aplicaciones de terceras personas que sirven como medios de diversión, para compartir entre usuarios o

²⁰⁹ Boyd, Danah y Nicole Ellison. *Social Network Sites: Definition, History and Scholarship*. Journal of Computer-Mediated Communication. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x/pdf> . Pág.1

²¹⁰ *Ibíd.* Pág.211

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² *Ibíd.*

²¹³ *Ibíd.* Pág. 213

acceder a la cuenta desde teléfonos móviles.²¹⁴ Por otra parte, también existen sitios web que permiten la limitación de usuarios a un segmento de la población basado en su etnia o nacionalidad, cuyo acceso sólo tienen personas identificables bajo las mismas características²¹⁵. A partir del año 2000 las redes sociales se convirtieron en un fenómeno global que atrajo a los usuarios, por ejemplo MySpace o LinkedIn en los Estados Unidos, Friendster en las Islas del Pacífico, Orkut en Brasil e India, Mixi en Japón, LunaStorm en Suecia, Hi5 en países de Latinoamérica y Europa, Bebo en el Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia.²¹⁶

En febrero del 2004 nació la red social Thefacebook.com destinada para estudiantes de la Universidad de Harvard que funcionaba como un directorio *online* que conectaba a los usuarios que tenían una dirección de correo electrónico *Harvard.edu*. Con cuatro días de funcionamiento, thefacebook.com ya tenía 650 estudiantes interconectados.²¹⁷ En el mes de apertura de la página, la plataforma se abrió para usuarios de las universidades de Columbia, Stanford y Yale. Al mes de funcionamiento, thefacebook.com ya tenía a 10.000 usuarios²¹⁸. Un año más tarde, en otoño del 2004, thefacebook.com registró a 200.000 usuarios activos²¹⁹, en el 2005 el número de usuarios subió a cinco millones abarcando al 85% de los estudiantes americanos y un gran número de estudiantes alrededor del mundo²²⁰. Para ese entonces Facebook generaba ingresos mensuales que alcanzaban el millón de dólares.²²¹ Para el año 2009, Facebook almacenaba treinta mil millones de fotografías convirtiéndose en la web de mayor número de imágenes del mundo²²². Para el 2009, Facebook contaba con 1.400 empleados trabajando en un espacio de 12.500 metros

²¹⁴ *Ibíd.* Pág. 213

²¹⁵ *Ibíd.* Pág. 214

²¹⁶ *Ibíd.* Pág. 217

²¹⁷ Kirkpatrick, David. Traducido por Mar Vidal. *El efecto facebook: La verdadera historia de la empresa que está conectando el mundo*. Gestión 2000. Barcelona: 2011. Pág.43

²¹⁸ *Ibíd.* Pág.48

²¹⁹ *Ibíd.* Pág.105

²²⁰ *Ibíd.* Pág.179

²²¹ *Ibíd.* Pág.182

²²² *Ibíd.* Pág.187

cuadrados en California y se convirtió en el mayor operador de la interconectividad mundial con 7'000.000 de usuarios²²³, valorada en 15.000 millones de dólares²²⁴.

Facebook representa unas cualidades asombrosamente eficientes para la conectividad global. Ve a su ventana de búsqueda y teclea el nombre de cualquier persona a la que hayas conocido en tu vida. Tienes bastantes probabilidades de que te dirija a una página en la que aparece su nombre y su foto. Si quieres, a partir de ahí le puedes mandar un mensaje.²²⁵

Toda red social se basa en la teoría de los seis grados de separación, es decir que cualquier persona en el mundo se encuentra conectada a otra a través de cinco intermediarios que concluyen en seis puntos de conexión²²⁶. Las redes sociales online prestan a los usuarios un servicio de interconectividad para llegar a sus contactos. El concepto que da la Agencia Española de Protección de Datos sobre redes sociales resulta precisa a fin de aclarar su concepto:

Las redes sociales online son servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil, desde el que hacer públicos datos e información personal y que proporcionan herramientas que permiten interactuar con otros usuarios y localizarlos en función de las características publicadas en sus perfiles.²²⁷

La explotación y monetización de las redes sociales *online* radica en un número de variables que afectan al sitio web: 1) Publicidad, que se consigue a través del movimiento y comportamiento de los usuarios en la plataforma. 2) Suscripciones Premium que radica en que los usuarios pueden acceder a un servicio con mayores beneficios y más aplicaciones a través de un pago. 3) Donativos; y 4) El pago por uso del servicio.²²⁸ Aun teniendo tantas

²²³ *Ibíd.* Pág.394

²²⁴ Agencia Española de Protección de Datos y el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (España). *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online.* España: febrero del 2009. https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_intec_o_aped_120209_redes_sociales.pdf Pág.53

²²⁵ *Óp. Cit.* Kirkpatrick, David. Pág.396.

²²⁶ *Óp. Cit.* Agencia Española de Protección de Datos y el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (España). Pág. 34

²²⁷ *Ibíd.* Pág.38

²²⁸ *Ibíd.* Pág. 52

variables de financiamiento, la publicidad es la variable que reporta mayores ingresos para las redes sociales *online*, 86%²²⁹.

2.1. Naturaleza contractual de las redes sociales: Contratos de acceso a redes sociales son contratos de adhesión.

A continuación se hará un análisis de la doctrina clásica del contrato aplicable a los contratos electrónicos en materia de relaciones obligacionales a fin de entender qué tipo de obligaciones nacen de los términos y condiciones de uso de las redes sociales, tanto para el usuario como para el proveedor del servicio. Entendidas las obligaciones que nacen, se puede atribuir la existencia de un contrato, el mismo que encontrará cabida en su tipo de acuerdo a la forma de su perfeccionamiento. Las relaciones obligacionales son importantes dentro de la esfera social y económica, ya que el derecho encuentra su fundamento principal en las “[...] relaciones que unen a los hombres en el desarrollo de la actividad de cada uno, las relaciones de obligación tienen como objetivo la cooperación entre quienes viven en sociedad.”²³⁰ De manera que, por el hecho de encontrarse en interactividad los individuos, el derecho debe entrar a regular las relaciones que nacen de la misma. Así, el concepto de relaciones obligacionales se utiliza “[...] para indicar una particular categoría de situaciones por las cuales un sujeto debe realizar un determinado comportamiento con respecto a otro sujeto.”²³¹ El concepto de obligación se encuentra en la idea de un vínculo que nace entre dos personas que pretende limitar la actividad de los involucrados, así la obligación se entiende como una categoría en la que una persona encuentra limitado su desarrollo con respecto de otra. La corriente mayoritaria concibe a la obligación como “una relación jurídica, donde un sujeto (acreedor) tiene derecho a exigir de otro el cumplimiento de determinada prestación”²³².

Se puede confundir el concepto de obligación con un deber jurídico por el hecho de que una persona puede exigir de otra un comportamiento, frente a esto la diferencia se

²²⁹ *Ibíd.* Pág. 53

²³⁰ Compagnucci de Caso, Rubén H. *Manual de Obligaciones*. Editorial Astrea. Buenos Aires: 1997. Pág.1

²³¹ *Ibíd.* Pág.3

²³² *Ibíd.*

puede encontrar en que la obligación tiene tres elementos que le caracterizan: “a) la patrimonialidad de la prestación, b) el interés del acreedor y; c) la existencia de dos sujetos determinados en el momento del nacimiento de la relación, o bien determinables.”²³³ La patrimonialidad significa que el objeto de la obligación, es decir la prestación contenida en la misma, debe tener un contenido patrimonial, descrito como un elemento objetivo de la obligación. La patrimonialidad comporta un sacrificio para la persona deudora, este elemento objetivo debe entenderse dentro de un “determinado momento histórico, y ambiente jurídico social [...]”²³⁴ de manera que el contratante deudor realice un efectivo sacrificio económico a fin de lograr el beneficio que debe reportar la prestación.²³⁵ El interés del acreedor consiste en que cuando un contratante está en posición de deber algo a un beneficiario, este “algo” debe satisfacer el interés ajeno, este interés debe estar individualizado, el mismo que puede ser o no patrimonial.²³⁶ Los sujetos que deben estar determinados deben componerse de un sujeto activo, que está investido de un poder jurídico, y sujeto pasivo, cargado con una prestación debida.²³⁷

Concebida la obligación como vínculo jurídico y como una categoría dentro del derecho, se concluye que el vínculo es la relación jurídica que une a las partes dentro de una relación obligacional. Esta relación encierra dos situaciones particulares: el deber primario que se constituye en virtud de la necesidad que tiene el deudor de cumplir; y otra situación que otorga al acreedor el derecho a exigir el cumplimiento.²³⁸ Es por esto que cuando no existe la obligatoriedad de cumplimiento, o cuando el deudor no está exigido a cumplir, no es posible hablar de una obligación.²³⁹ Pothier aclara que en el sentido estricto, las obligaciones son perfectas cuando frente a otra persona con la que se ha contraído la obligación, se otorga a ésta un derecho de exigir su cumplimiento, es decir nos encontramos ante un vínculo jurídico que restringe a la parte deudora a dar una cosa, hacer o no hacer

²³³ *Ibíd.* Pág.7

²³⁴ *Ibíd.* Pág.8

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ *Ibíd.* Pág.29

²³⁹ *Ibíd.*

otra.²⁴⁰ De ahí, que el deber jurídico o una conducta de la cual no se puede exigir su cumplimiento es una obligación imperfecta, de las cuales “no somos responsables sino ante Dios [...]”.²⁴¹

Es pertinente retomar sobre las fuentes de las obligaciones a fin de esclarecer la naturaleza jurídica de la relación entre el proveedor de un servicio de interconectividad, como son las redes sociales, y el usuario. Si partimos del hecho de cómo se accede al servicio, una persona crea la cuenta con campos obligatorios, posteriormente por el uso de *website* o por “aceptar” expresamente el usuario se entiende vinculado a los términos y condiciones de uso de la plataforma, esta predisposición unilateral podría entenderse de entre dos figuras: oferta del operador a fin de aceptar por el usuario y configurarse un contrato; o puede configurarse como una declaración unilateral de voluntad.

El contrato se entiende como un negocio jurídico bilateral, siendo éste el producto esencial que nace de la autonomía de la voluntad²⁴², ya que son los propios particulares quienes en ejercicio de su libertad contractual crean normas que regulan entre sí sus relaciones y su comportamiento.²⁴³ Por otra parte, la declaración unilateral de la voluntad encuentra su validez y perfeccionamiento con la configuración de una sola voluntad, como en el testamento, en el que basta la voluntad del testador para que se perfeccione el negocio jurídico, siendo unilateral. La diferencia que existe del negocio jurídico unilateral es que en el contrato la obligación nace en el momento en que existe la aceptación de una oferta, mientras que en la declaración unilateral de voluntad la obligación se genera por la sola emisión de la voluntad.²⁴⁴ De manera que para que dos partes contratantes se obliguen entre sí debe, necesariamente, mediar un contrato, fuente por excelencia de las obligaciones. Como se anticipó el perfeccionamiento de un contrato nace con el consentimiento, es decir con la aceptación de la oferta hecha. Este acuerdo entre la oferta y la aceptación constituye el consentimiento, que es “el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y

²⁴⁰ Pothier. *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Heliasta S.R.L. Brasil: 1993. Artículo Preliminar, Pág.1

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² *Óp. Cit.* Compagnucci de Caso, Rubén H. Pág.52

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ *Ibíd.* Pág.55

obligaciones.”²⁴⁵ Así, el consentimiento implica que dos o más voluntades se ubican en cada lado de la relación jurídica, de manera que una de las partes hace el ofrecimiento del contrato y la otra responde con la aceptación, momento en que se configura el mismo.²⁴⁶

En los contratos de adhesión existe una oferta predispuesta por una parte unilateralmente, frente a esta oferta existe una multiplicidad de destinatarios, que pueden ser usuarios o consumidores. Sin embargo, cuando un usuario o consumidor determinado acepta la oferta éste se individualiza con el perfeccionamiento de cada contrato individual o particular.²⁴⁷ En el contrato de adhesión a condiciones generales, la configuración interna del contrato es predispuesta de manera anticipada por una de las partes, de tal manera que la otra, si decide contratar debe hacerlo con base a aquel contenido.²⁴⁸ Partiendo de esta premisa, Stiglitz señala que el contrato de adhesión presenta los siguientes caracteres: a) La unilateralidad; en la que la etapa de tratativas entre las partes es sustituida por un acto de adhesión al esquema predeterminado unilateralmente.,²⁴⁹ b) La rigidez del esquema predeterminado por la parte de mayor poder dentro de la relación jurídica, c) La predisposición contractual es inherente al poder negociador de la parte fuerte, generalmente, “coincide con la disparidad de fuerzas económicas”²⁵⁰, d) La única alternativa del adherente es o no contratar o adherirse al contenido, e) La configuración interna del contenido del contrato otorga una posición dominante a quien lo redactó, f) Existe una desigualdad formal entre las partes y podría recaer en un “abuso contractual”²⁵¹ y g) Los mecanismos de garantía frente al abuso o el desequilibrio desmesurado provienen de herramientas legales externas al contrato, así el “único y último refugio” para limitar el contenido predispuesto es el orden jurídico y el poder judicial.²⁵²

²⁴⁵ Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las obligaciones*. Segunda Edición. Oxford University Press México. Impresora Castillo Hnos. S.A. Médico D.F.: 2000. Pág.31

²⁴⁶ *Ibíd.* Pág.34

²⁴⁷ Stiglitz, Rubén S. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires: 1994. Pág. 27

²⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 25

²⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 25

²⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 26

²⁵¹ *Ibíd.* Pág. 27

²⁵² *Ibíd.* Pág. 28

Por otra parte, la doctrina anglosajona conoce a estos contratos como “*standard form contracts*”, en los que se permite a la parte predisponente la elaboración de los términos contractuales como ley para las partes, de tal manera que el aceptante únicamente realiza el acto de aceptación. De ahí que no exista una etapa de negociación al contrato y el aceptante se encuentra en la posición de aceptar o rechazar las condiciones predispuestas, configurándose un contrato de adhesión.²⁵³ En las cortes de Norteamérica ha prevalecido la regla de que a pesar de que exista una falta de conciencia sobre los términos contractuales, el contrato de adhesión a condiciones generales tiene un efecto indiscutiblemente vinculante para las partes. Sin embargo, esta premisa ha sido cuestionada, Korobkin plantea en relación a los contratos entre vendedores y consumidores que: El desequilibrio entre las partes está compuesto por la capacidad de una de las partes para imponer conductas a la otra. Específicamente se fundamenta en dos argumentos básicos. El primero es que la vinculación de los términos contractuales reduce la libertad contractual individual en la medida no ha tomado una decisión voluntaria en cuanto a las obligaciones adquiridas, y segundo que ninguna persona debería encontrarse en capacidad para obligar a otra a ciertos términos, argumento objetable bajo la complejidad del sistema comercial de los contratos masivos.²⁵⁴

La autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales debe entenderse como ese poder del que gozan tanto oferente y aceptante “para crear, con solo manifestar su voluntad, la relación jurídica y el vínculo obligacional [...]”²⁵⁵. Así, la autonomía de la voluntad de las partes, comporta la potestad de autorregulación de los intereses propios que tienen los sujetos del derecho, mediante la celebración de actos jurídicos.²⁵⁶ Por otra parte, la autonomía de la voluntad no debe ser entendida de manera absoluta sino como un principio, con las limitaciones que impone la ley, ya que se debe armonizar con el interés

²⁵³ Korobkin, Russell. *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*. The University of Chicago Law Review, Vol. 70, No. 4 (Autumn, 2003), pp. 1203-1295. Publicado por The University of Chicago Law Review. <http://www.jstor.org/stable/1600574>. Fecha de acceso: 21/09/2011. Pág.1204

²⁵⁴ *Ibid.* Pág. 1205

²⁵⁵ Martorell, Ernesto E. (Dir.). Tratado de Derecho Comercial Tomo III. *Contratos Comerciales Modernos*. Editorial La Ley. Buenos Aires: 2010. Pág. 6

²⁵⁶ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General del acto jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires: 1992. Pág.22

de la comunidad.²⁵⁷ Estas limitaciones como el orden público y las buenas costumbres resultan difícil de conceptualizar de manera cierta, por lo tanto se pueden hacer aproximaciones. Como límite a la autonomía de la voluntad, el orden público se presenta como un conjunto de principios cuya característica es la predominancia del interés general sobre el interés particular. Como el interés social varía de una comunidad a otra y de tiempo en tiempo, se justifica el rechazo que se ha hecho a un concepto jurídico indeterminado, de ahí que resulte imposible un concepto claro, sino que goza de una relevante vaguedad “[...] que habrá de corresponder a cada sistema jurídico en un momento histórico determinado.”²⁵⁸ Por esto, las limitaciones a la autonomía de la voluntad fundamentado en el orden público no se encuentran de manera taxativa en los ordenamientos jurídicos, sino que por efecto del dinamismo social deberá atenderse al momento social a fin de establecer las limitaciones legítimas que ampara el orden público.

Las limitaciones que se han concebido de manera clásica a la libertad contractual son la ley, las buenas costumbres, la moral y el orden público, siendo éste un concepto jurídico indeterminado que permite al juez emitir un juicio de valor basado en una noción “dinámica, flexible y evolutiva”²⁵⁹. El orden público se ha entendido como aquel en el que prima el interés social sobre el individual, como señala Schmidt, así el Derecho debe buscar “atenuar el desequilibrio económico y social”²⁶⁰ transformándose en “un medio de colaboración social” entre las relaciones jurídicas. Así, la interpretación contractual y la fuerza obligatoria del contrato debe conciliarse con el ejercicio de la buena fe, en este sentido las prácticas abusivas, engañosas, dañosas o disfuncionales no pueden encontrar amparo alguno.²⁶¹

Los límites a la autonomía de la voluntad pretenden asegurar el buen resultado que busca la contratación, con la protección de los intereses superiores. De esta premisa se desprende que el orden público contempla el jurídico- leyes imperativas, forzosas y

²⁵⁷ *Ibíd.* Pág.22

²⁵⁸ *Ibíd.* Pág.27

²⁵⁹ Schmidt Hott, Claudia. “Cláusulas abusivas (Informe de Derecho Chileno)”. *Revista de Derecho Comparado. Cláusulas Abusivas*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires: 1999. Pág. 46

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.* Pág.47

supletorias- y el orden público económico.²⁶² Por otra parte, la moral no significa respetar el interés de las partes, sino el del respeto a las exigencias sociales, mantener la protección del fin individual y el objeto o fin social, así como las acciones bajo los más estrictos principios de la buena fe y la probidad contractual.²⁶³ El orden público económico, como límite de la voluntad, se orienta a remediar el desequilibrio económico que existe entre los débiles y los fuertes, de ahí que en Argentina se haya sancionado la ley de protección a los usuarios y consumidores²⁶⁴, como existe la Ley Orgánica para la Defensa del Consumidor en Ecuador. El orden público económico parte de las necesidades lógicas y racionales de los hechos que provoca la ley económico-social de la oferta y la demanda.²⁶⁵ Como por ejemplo en tiempo de guerra cuando la gente empieza a demandar víveres y la oferta no puede satisfacer a todos, la facultad legislativa puede entrar a modificar el comportamiento social económico, o como las viviendas protegidas en España sobre las cuales no se permite el ejercicio libre de su disposición, sino una regulación en sus precios.²⁶⁶

De esta manera, se evidencia como el derecho ha podido intervenir dentro del ámbito de la contratación privada efectivizándose el orden público como límite a la voluntad. De esto no se puede desprender el principio de la fuerza obligatoria del contrato o de la libertad contractual, es la evidencia de que las disposiciones jurídicas existen en función de lo social, de tal manera que es la ley la llamada a regular las conductas abusivas, o que pudieran generar un daño a la sociedad, de ahí que el daño no pueda jamás encontrar sustento en el contrato.²⁶⁷ Frente a las situaciones de desequilibrio contractual o económico debe actuar el derecho con prescindencia de sus actores o la relación subjetiva. El derecho por ende, no prohíbe la celebración de contratos entre partes económicamente dispares, sino

²⁶² Spota, Alberto (Actualizado por Luis Leiva Fernández). *Contratos: Instituciones del Derecho Civil. Tomo I Parte General*. Ediciones La Ley. Segunda Edición. Buenos Aires: 2009. Pág.63

²⁶³ *Ibíd.*

²⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 65

²⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 66

²⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 67

²⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 69

que entra a regular cuando una de las partes de la relación se beneficia exagerada e irrazonablemente en base a su superioridad económica o a su experiencia.²⁶⁸

La disparidad económica existente en la relación entre proveedores de servicios de redes sociales digitales y los usuarios, el beneficio exagerado que reciben los mismos en virtud de la cesión de datos personales se constituye como el hecho generador que permite al derecho la regulación de la relación obligacional. El desequilibrio contractual existente, la posición dominante del proveedor en relación al usuario evidencia que, con la evolución de las tecnologías de información, la realidad evoluciona de manera paralela. La nueva realidad tecnológica, como medio de comunicación y como mecanismo de generación de información, plantea la necesidad de una adecuación del derecho a las nuevas relaciones sociales y obligaciones efectuadas *online*. Como en el S.XVIII el derecho evolucionó conforme a la revolución industrial, la revolución tecnológica ha modificado la realidad económica potencializando el volumen de las relaciones comerciales, mecanismos de pago y capacidad de compra, esto genera inconvenientes como la seguridad de las transferencias, de ahí que se recurra a la necesidad de establecer reglas claras u otorgar seguridad jurídica.²⁶⁹

En el ámbito jurídico, reconocido los derechos de acceso a la información y a las nuevas tecnologías como mecanismo para asegurar el desarrollo, así como los esfuerzos por reducir la brecha digital a nivel mundial, es pertinente que se fijen parámetros que permita avanzar sobre el desarrollo de aspectos vinculados a la red mundial. No sólo sobre temas educativos, culturales e informativos, sino aquellos concernientes a las relaciones sociales y obligacionales generadas en línea.²⁷⁰ Asimismo, la tecnología tiene un impacto político y social, en el sentido que las posiciones se deben encaminar a generar política adecuada al

²⁶⁸ *Ibíd.* Pág.100

²⁶⁹ *Óp. Cit.* Pardini, Anibal A. Pág.25

²⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 25

uso y acceso de Internet. Mientras que el impacto social, al ser el más evidente, es un medio de comunicación masivo, con alcance mundial²⁷¹ y es el ámbito de desarrollo comunitario.

El impacto mundial de la evolución de las tecnologías de información tiene un alcance indiscutible que pone de manifiesto la necesidad de intervenir en las relaciones a fin de encontrar una conciliación de intereses. Las redes sociales digitales hoy se conciben como herramientas mundiales de interconectividad masiva y como mecanismos de garantía de la libertad de expresión.²⁷² Asimismo, las redes sociales es un mecanismo que garantiza el acceso de los individuos a la cultura, a la vida política y social, y por consiguiente la consolidación de la democracia.²⁷³ Por otra parte, las redes sociales presentan riesgos para los usuarios, ya que permiten la injerencia de terceros en la vida privada así como el tratamiento indiscriminado de datos personales, siempre fundamentado en un contrato de adhesión. Es por esto que el rol del orden público como mecanismo de conciliación es el de encontrar la prevalencia del interés social o general por sobre el individual. En cuanto al uso de las redes sociales el orden público debe actuar como aquel “medio de colaboración social”, en el que se controle el desequilibrio de posiciones dentro de la relación jurídica entre usuarios y proveedores de servicios que genera un beneficio exagerado en favor del proveedor. Por otra parte, el orden público debe garantizar el interés de la sociedad, es decir la predominancia de la promoción del interés general, que resultaría ser la consolidación de preceptos claros aplicados al uso de redes sociales en beneficio de los usuarios.

En cuanto a las relaciones jurídicas que nacen del uso de las redes sociales digitales, se puede entrar en la discusión si en realidad la cesión de derechos de datos personales, privacidad e intimidad comporta una patrimonialidad requerida como elemento de la obligación. Frente a este debate, cabe volver sobre el concepto de patrimonio, el mismo que se ha entendido como un atributo de la personalidad, que se define bajo el concepto de una

²⁷¹ *Ibíd.* Pardini, Anibal A. Pág.26

²⁷² Consejo de Europa. Comité de Expertos en Nuevos Medios. *Draft Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the protection of human rights with regard to social networking services*. Fecha de acceso: 19 de enero del 2012.

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/FINAL%20ADOPTED%20CDMC%20SOCIAL%20NETWORK%20ENGLISH%20CLEAN.pdf

²⁷³ *Ibíd.*

universalidad jurídica, que comprende todos los derechos y obligaciones apreciables en dinero que tienen una misma persona.²⁷⁴ De acuerdo con el autor Abeliuk, las características principales del patrimonio son: a) universalidad jurídica, que se entiende como una entidad autónoma, distinta de los derechos y obligaciones que lo conforman, así se permite la extinción de obligaciones y la adquisición de derechos dentro de un patrimonio estable, que se van reemplazando por otros semejantes.²⁷⁵ b) conforme a la doctrina clásica, el patrimonio sólo comprende aquellos derechos y obligaciones de valor pecuniario, es decir valorable en dinero, c) el patrimonio como atributo de la personalidad debe estar, necesariamente ligado a una persona. Es por esto que el patrimonio en sí no se puede ceder como objeto de una prestación, sino que la única manera de ceder el patrimonio en su totalidad es a través de la sucesión. Razón por la cual una persona no tiene más que un patrimonio, dado que es el conjunto de elementos jurídicos de un solo titular.²⁷⁶

Esta teoría clásica sobre el concepto de patrimonio ha sido motivo de críticas en virtud del concepto de patrimonialidad que manifiesta. Cuando dentro del concepto de derechos que se sitúan dentro del patrimonio de una persona, se trata de derechos patrimoniales. Si volvemos sobre la clasificación tradicional de los derechos, éstos se clasifican entre patrimoniales y extrapatrimoniales. En la que los primeros son aquellos que pueden evaluarse en dinero ya que tienen un valor pecuniario, así forman parte del patrimonio. Por otra parte, los derechos extrapatrimoniales se enmarcan como aquellos directamente relacionados con el individuo, como el derecho a la personalidad, o como los derechos de familia.²⁷⁷ La crítica que se hace a esta teoría es que los derechos extrapatrimoniales no se pueden excluir del patrimonio ya que éstos podrían producir efectos pecuniarios, así los derechos pecuniarios que pudieran generar deben entrar necesariamente en el patrimonio. Es por esto que algunos autores consideran que todos los derechos y obligaciones nacen con un solo fin: “permitir a la persona el desarrollo de sus

²⁷⁴ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. Editorial Nomos. Colombia: 1993. Pág.15

²⁷⁵ *Ibíd.*

²⁷⁶ *Ibíd.* Pág.16

²⁷⁷ *Ibíd.* Pág.18

actividades de todo orden, no sólo económicas;”²⁷⁸ con la diferencia de que algunos derechos, tradicionalmente llamados patrimoniales son pecuniarios con primacía de lo económico, mientras que los otros, existe un valor moral, social o afectivo.²⁷⁹

Haciendo referencia a la patrimonialidad de las prestaciones como elemento constitutivo para la existencia de la obligación, ésta comprende una noción pecuniaria o valorable en dinero. El problema nace cuando objetos protegidos por derechos extrapatrimoniales entran dentro del comercio como son los datos, así la discusión recae en la posibilidad de que el objeto de una obligación sea un hecho no pecuniario.

Si bien no se desconoce este carácter patrimonial, se ha discutido si el objeto de la obligación puede no ser valorable en dinero, frente a esto hay tres corrientes: a) la doctrina clásica inspirada en Roma, que supone que la obligación debe tener siempre un contenido estrictamente económico; b) la teoría de Ihering con del interés en los contratos, que manifiesta que existe una necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias, de tal manera que para que exista obligación basta un interés del acreedor, aunque no sea de carácter patrimonial, ya que el derecho no ampara solo los intereses materiales de las personas, sino también los morales; ²⁸⁰ y c) una corriente intermedia, que contiene elementos de ambas teorías, desarrollada en Italia principalmente por Sciojola y Ruggiero, quienes sugieren que la prestación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés aun cuando no sea patrimonial del acreedor.²⁸¹

La discusión recae en que siendo las imágenes y los datos personales como parte del derecho a la protección de datos personales, así como el comportamiento es parte del derecho a la personalidad y a la intimidad, ¿podrían estos particulares ser objeto de prestaciones objeto de una obligación contractual?

²⁷⁸ Ibíd

²⁷⁹ Ibíd.

²⁸⁰ Ibíd. Pág.35

²⁸¹ Ibíd. Pág.36

Para responder a esta postura, haré alusión a la sentencia emitida por el Tribunal Supremo de España²⁸², en la que plantea que los datos personales, como se anticipó en el capítulo primero, son datos que deben ser distinguidos necesariamente de aquellos datos de “carácter personal”. Los datos de carácter personal son de tres clases: 1) En estricto sentido, son aquellos datos existenciales que se pueden asociar a una persona determinada o determinable como el nacimiento, la muerte, el domicilio, actividad profesional, patrimonio, religión etc; 2) Datos relacionados a las condiciones materiales y; 3) Cualquier otra apreciación o evaluación que se encuentren almacenados dentro de cualquier fichero.²⁸³ Al mismo tiempo, estos datos de carácter personal se dividen en dos clases: accesibles al público y los no accesibles al público. Los primeros aquellos que aparecen recogidos en bases de datos públicas (como sentencias, listas telefónicas) y los segundos es cuya publicidad está vedada. De ahí que en lo que respecta a la cesión de datos deben concurrir los requisitos: a) consentimiento del titular y b) que la cesión se relacione con los fines tanto del cesionario como del cedente.²⁸⁴

El objeto de la obligación es una prestación de dar, hacer o no hacer algo. Este “algo” es el objeto de la prestación, que debe ser posible, lícito, determinado o determinable y valorable patrimonialmente.²⁸⁵ Frente a esta sentencia emitida por el Tribunal Supremo Español cabe realizar una relación con los datos que pueden ser objeto de una prestación. El dato debe ser entendido como un bien dentro del comercio e individualizado, sin que comprometa información relativa a una persona o a la posibilidad de determinación de la misma. La transferencia de datos es una práctica común en el mercado, a través de bases de datos, listas de correos, depósito de formularios, etc. Una vez recopilada, almacenada y dispuesta la información, ésta es susceptible de protección jurídica por derechos de autor, si bien no se protege el contenido pero si la disposición de la información. Los datos de los individuos se transfieren de manera individual y entran a componer una información producida por el disponente.

²⁸² Óp. Cit. Amadeo Gadea, Sergio Luis. “Sentencia No.6188/1996”. Pág.9

²⁸³ Ibíd.

²⁸⁴ Ibíd.

²⁸⁵ Óp. Cit. Compagnucci de Caso, Rubén H. Pág.35

El comportamiento de las empresas a nivel internacional siempre ha sido tendiente a almacenar información y a ofrecer publicidad, pero con Internet y su capacidad de almacenamiento, esta facultad ha despegado. Los costos de correos individualizados de publicidad con Internet se reducen a 0.10 dólares por correo, mientras que el correo ordinario enviado al domicilio del cliente era de 0.50 dólares. Las tasas de concretización en marketing en Internet se ubica dentro del 5 al 15% mientras que en medios ordinarios-buzones- está dentro del 0,5 y el 2%.²⁸⁶ Además, podemos observar la existencia de correos *spam* o no deseados ofertando productos y, ¿cómo obtienen los datos? Como se adelantó en el capítulo uno, está directamente relacionado con el concepto de *online profiling*. Con la aplicación de un software instalado capaz de leer las URL (*uniform resource locator*) o localizador de recursos uniforme que permite identificar la dirección de un recurso web, este localizador se almacena no sólo en el proveedor del servicio web sino en el ordenador que ha visitado ese lugar²⁸⁷, así el software realiza una recopilación sistemática de las URL y de las direcciones de correos electrónicos encontrados en la página específica y así utiliza motores masivos de envío sin pasar por un servidor web específico.²⁸⁸

El servicio de *mailing* masivo puede ser ofertado por pequeñas empresas quienes manejan el software de almacenamiento de entre 5 a 25 dólares por cada mil mensajes enviados; existen otras fórmulas como \$39,95 dólares mensuales por el envío de un millón de correos semanales.²⁸⁹ Es de esta premisa, de que el mercado del marketing *online* se constituya como el más prometedor y activo del comercio actual. Sin embargo, estas plataformas funcionan más que de manera técnica, requiere de una fundamental herramienta, que es la recogida de datos y la relación con los usuarios y consumidores, de ahí que su relación deba fundarse en la confianza y en la recolección voluntaria de datos.²⁹⁰

²⁸⁶ Gautthronett, Serrge y Éttiienne Drouarrd. *Comunicaciones comerciales no solicitadas y protección de datos: Resumen de las conclusiones del estudio*. Comisión de las Comunidades Europeas. Enero de 2001 http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/spamsum_es.pdf Fecha de acceso: 21 de diciembre de 2011. Pág.2

²⁸⁷ Codina, Luis. *Evaluación de recursos digitales en línea: conceptos, indicadores y métodos*. <http://www.lluiscodina.com/metodos/eval2000.doc>.

²⁸⁸ Óp. Cit. Gautthronett, Serrge y Éttiienne Drouarrd. Pág.5

²⁸⁹ *Ibíd.*

²⁹⁰ *Ibíd.* Pág. 6

Los servidores encaminadores actualmente son capaces de transmitir cien millones de correos diarios²⁹¹, lo que implica ingresos económicos altísimos para los mismos, que se irán incrementando a medida de que exista una mayor recopilación de datos. De tal manera que, es en ese momento en el que cada uno de los datos recopilados adquiere una singular valoración económica difícil de evitar. Así, los datos de carácter personal pueden ser objeto de prestaciones, constituyéndose en objetos lícitos, posibles, determinados y valorables patrimonialmente. El tratamiento de datos se ha multiplicado con Internet y sobretodo aquella relativa a los consumidores y a los usuarios. La transferencia de datos en el mercado ha crecido tanto que existen compañías dedicadas al marketing en línea que ofrecen incentivos a consumidores a fin de que provean información personal, la empresa Catalina Marketing Corporation ofrece a los consumidores \$40 dólares en cupones nacionales y una tarjeta de compras que genera descuentos a cambio de que el consumidor entregue información como su código postal y su supermercado de preferencia.²⁹²

La información personal de los usuarios puede convertirse en activos patrimoniales para grandes empresas cuyo ingreso es en base a la mayor recopilación de información. Así, los datos personales de los usuarios pueden ser intercambiados como servicios adicionales. De esta manera la conversión de la información personal en activos, puede convertirse en un elemento no satisfactorio para usuarios ya que podría desencadenar consecuencias negativas o impactos para su privacidad. De ahí la inseguridad que genera la inexistencia de regulaciones aplicadas a la recolección masiva de datos.²⁹³ A continuación presentaré ejemplos de cómo la información personal de terceros es un activo patrimonial, de ahí que puedan los datos ser valorables en dinero y ser un objeto de prestaciones obligacionales.

Schwartz, en su artículo *Property, Privacy and Personal Data*, parte de la premisa que la información personal actualmente cumple el rol de una moneda. Así el valor monetario

²⁹¹ *Ibíd.* Pág. 10

²⁹² Caudill, Eve M. and Patrick E. Murphy. *Consumer Online Privacy: Legal and Ethical Issues*. Journal of Public Policy & Marketing, Vol. 19, No. 1, (Spring, 2000), pp. 7-19. Publicado por American Marketing Association <http://www.jstor.org/stable/30000483>. Fecha de acceso: 18/07/2011. Pág.8

²⁹³ Schwartz, Paul M. *Property, privacy and personal data*. Harvard Law Review, Vol. 117, No. 7), pp. 2056-2128. Harvard Law Review Association. Mayo 2004. <http://www.jstor.org/stable/4093335> Fecha de acceso: 10 de enero del 2012 . Pág. 2062

de la información personal es una corriente que crece rápidamente, por esto las empresas americanas empiezan a inclinarse a lucrar de esta tendencia. De ahí que las compañías en Estados Unidos estén enfocadas en la inversión en un software capaz de recolectar toneladas de información.²⁹⁴ El primer caso de estudio es VeriChip, un chip que se puede implantar debajo de la piel de pacientes que contiene seis líneas de información médica de quien se implanta, que funciona como un código de identificación personal. Applied Digital Solutions, la empresa creadora del chip recibe US \$200 por cada implantación, así como una tarifa anual de US \$40 por mantener actualizada la información contenida en el chip.²⁹⁵ La información almacenada en el chip no sólo se reduce a aquella relativa al historial clínico, sino a los movimientos que esa persona realiza gracias al monitoreo del chip, presentando riesgos evidentes para su privacidad.

El segundo caso de estudio es el de wOznet, un chip que no es de implantación, sino para llevarlo que permite el rastreo de ubicación de una persona a través de un GPS (*Global Positioning Satellite*). Este dispositivo tiene la capacidad de radio equivalente a la de un teléfono celular, aprovechando del espectro electromagnético por el que no se otorga licencia alguna. El chip emite señales de localización a una estación base, el usuario del chip tiene un acceso de conocimiento al perímetro generado entre el dispositivo y la estación base. Este dispositivo se programa con notificaciones, que permite al portador conocer cosas como cuando una persona se mueve en el parqueadero cercano, cuando un niño sale de la escuela, etc. Cada dispositivo tiene un costo de entre \$200 a 250 dólares.²⁹⁶ El siguiente caso de estudio es el de el tele marketing compensado propuesto por Ayres and Funk, que supone dar una compensación económica a las personas por llamar a líneas telefónicas y dar información como “cuánto pagaría por este producto”, o “que preferencia tengo como consumidor entre las opciones”. Además las personas pueden fijar un precio a la llamada, es decir pueden decir cuánto pagarían por la llamada recibida y sobre qué

²⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 2056.

²⁹⁵ *Ibíd.* Pág. 2060.

²⁹⁶ *Ibíd.* Pág. 2063

productos o servicios en específico.²⁹⁷ Así, la empresa puede generar una base de datos extensa basada en los gustos de los consumidores.

Estos ejemplos ponen de manifiesto como la información personal puede pasar a ser un activo para las empresas y como a partir de la obtención de información se puede lucrar, haciendo de los datos obtenidos un bien perfectamente y capaz de ser transferido a terceras personas, es decir que la información personal es un bien lícito, determinado o determinable y valorable patrimonialmente. Por otra parte, las bases de datos presentan una peculiaridad, y es que tiene un costo alto en su primer ejemplar, pero la posterior reproducción de la misma tiene costos muy bajos, de ahí que su negocio se convierte en la producción y transferencia de información²⁹⁸.

Existe una actividad comercial en el mercado basada en la observación-acción de comportamiento, en la que a partir de la observación existe una compilación de información que se transforma en un bien comercial valorable en dinero.²⁹⁹ De ahí que resulta sorprendente que los economistas utilizan los modelos de mercado familiar para explicar la recopilación de información personal, descrito como un sistema: “[...] hybrid of rights creation in the data collector and rights transfer to the data collector [...]”³⁰⁰ De manera que la disposición de la información es un derecho susceptible de protección y además existe una transferencia de derechos a favor de quien compila los datos. Los derechos sobre la información personal se fundamenta en el control sobre la misma que tiene su titular, es decir en el secreto o en el consentimiento, sin que medie derecho de propiedad alguno. De tal manera que la información producida no se obtiene con la transferencia del derecho de dominio sobre los datos, sino que nace con la creación de la base de datos como un derecho de autor, convirtiéndose la misma en un bien comercial que puede ser utilizado

²⁹⁷ *Ibíd.* Pág. 2068

²⁹⁸ Varian, Hal R. *Pricing Information Goods*. University of Michigan. Junio 1995. Fecha de acceso: 21 December 2011 http://hubcap.clemson.edu/~sauerr/classes/425/cases/varina_price-info-goods.pdf

²⁹⁹ Holland, H. Brian. *Symposium: Internet Expression in the 21st Century: Where technology & law collide: Privacy Paradox 2.0*. Widener University School of Law. *Widener Law Journal* 893: 2010. Obtenido de Lexis Nexis. Pág.295

³⁰⁰ *Ibíd.*

internamente o transferido a terceras partes beneficiarias.³⁰¹ Es por esto que los usuarios conceden licencias de uso de los datos personales, como señala Pothier: "No solamente las mismas cosas (*res*) pueden ser objeto de una obligación; el simple uso de una cosa [...] puede ser objeto de la misma".³⁰²

El mercado de datos creció de manera exponencial en la década de 1990, de ahí que el Consejo de Europa adopte la Directiva 96/9/EC sobre la protección jurídica de las bases de datos a fin de situar a la región en una posición fuerte dentro de la competencia en el mercado de la información.³⁰³ Una serie de factores llevaron a los miembros de la Unión Europea a proponer la armonización del tratamiento jurídico de las bases de datos: 1) La expansión emergente de Internet hizo a los países miembros tomar conciencia del crecimiento exponencial en la cantidad de información generada y procesada en todos los sectores del comercio y de la industria;³⁰⁴ 2) La importancia del rol de las bases de datos en el desarrollo del mercado de la información con respecto de la comunidad; y 3) El desequilibrio existente en cuanto a la inversión en el mercado de la información -en la época-, entre los países de la Comunidad y terceros países productores de bases de datos.³⁰⁵ Reiterando que la protección a las bases de datos es un elemento indispensable para el mercado moderno, la Directiva protege a los creadores de las bases de datos en cuanto a la recopilación y disposición de la información, siendo susceptible de protección de propiedad intelectual, cuyos titulares y autores gozan del pleno ejercicio de derechos patrimoniales para permitir la explotación de la misma.

Así, la Directiva Europea protege la estructura interna de la base de datos sin perjuicio de derechos sobre el contenido y protege los derechos exclusivos del creador como la reproducción, adaptación distribución, comunicación y divulgación al público.³⁰⁶ La importancia de la protección de las bases de datos se extendió a la Comunidad Andina en la

³⁰¹ *Ibíd.*

³⁰² *Óp. Cit.* Pothier. Pág.77

³⁰³ *Óp. Cit.* Radin, Margaret y otros. Pág. 685

³⁰⁴ Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. *Directiva 96/9/CE Sobre la protección jurídica de las bases de datos*. "Exposición de motivos: Considerando 10. 11 de marzo de 1996

³⁰⁵ *Ibíd.*

³⁰⁶ *Óp. Cit.* Radin, Margaret y otros. Pág. 689

Decisión del Acuerdo de Cartagena 351 adoptada el 25 de enero de 1994, la primera expresión se reconoce en el objeto de protección de la disposición andina señalado en el Art.4³⁰⁷, y regulada en el Art.28 donde se reconoce la protección de la “selección y disposición de la información” más no de su contenido, como lo hace la Directiva Europea, asimismo reconoce derechos patrimoniales de explotación a los creadores de las bases de datos. La protección a las bases de datos no es más que una expresión mundial de la importancia que tienen los datos en el desarrollo económico dentro de la competencia, esto debido a la importancia del mercado de la información a nivel mundial.

Por otra parte, la revelación y el secreto de la información es parte de la privacidad de una persona, y su divulgación debe nacer necesariamente de la voluntad de los usuarios. Sin embargo, la cesión de la misma a favor de los operadores de *websites* encuentra su origen en una relación contractual donde se pretende únicamente la divulgación de la información más no la transferencia del derecho de dominio.³⁰⁸ Sin embargo, la mayoría de relaciones comerciales a nivel mundial demandan la divulgación de información personal, que debido a la falta de regulación especial, el tratamiento de los datos se enmarca dentro de la esfera de la autorregulación permitiendo la elaboración de políticas de uso y de privacidad que incorporan la voluntad expresa de los titulares a través de condiciones predispuestas.³⁰⁹

En el derecho comparado se ha planteado la posibilidad de construir un mercado mayor de datos personales situando a los mismos dentro del derecho de propiedad, siendo la información personal un bien objeto de dominio en vez de un objeto de recolección. Esta teoría ha planteado que reporta tres beneficios prácticos: 1) involucraría a los titulares dentro del Mercado, incentivando a que éstos sean parte de la economía de la información. 2) proveería a los titulares de los datos un mayor control sobre su información personal, incrementando el poder negociador del mismos, haciendo que los recolectores de

³⁰⁷ Comisión del Acuerdo de Cartagena. Decisión del Acuerdo de Cartagena 351. *Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Registro Oficial 366. 25 de enero de 1994. Se reconoce a las bases de dato como obras literarias que puedan reproducirse o divulgarse. Art.4, literal II) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales.

³⁰⁸ Óp. Cit. Holland, H. Brian. Pág.296

³⁰⁹ *Ibíd.* Pág.296

información internalicen costos que actualmente externalizan; y 3) se generaría en los individuos una capacidad de percibir una preferencia a la privacidad de los usuarios que traería un beneficio social. Sin embargo, el estudio concluye que sin la concepción de los datos como objeto del derecho de propiedad, el titular de los mismos carece de un poder negociador para el establecimiento de un mercado leal y eficiente, así como el control directo de los derechos propios de los usuarios.³¹⁰

Si los datos obtenidos por los operadores de las redes sociales reporta para su empresa una considerable suma de ingresos, ¿se puede descartar una valoración económica a los datos personales de cada individuo? Es cierto que como titulares de nuestra propia información y al ser parte de nuestra personalidad, no hemos atribuido un monto monetario a lo que nos identifica. Sin embargo, es el comportamiento del mercado el que ha signado a la información con un alto precio de comercialización, de ahí que por su importancia económica pueda ser objeto de transacciones y prestaciones obligacionales.

El derecho considera que dentro de una relación contractual deben haber dos sujetos: un consumidor o usuario y el comerciante, entre los cuales existe una necesidad recíproca.³¹¹ El comerciante se define bajo dos criterios esenciales: 1) que su actividad sea ejercida con un fin de beneficio y 2) que dicha actividad sea de carácter habitual y esté dentro de la producción de bienes y servicios, ya sea una persona física o jurídica.³¹² El concepto de usuario y de consumidor por otra parte, son quienes actúan con fines ajenos al de su actividad comercial³¹³, son quienes en virtud de un contrato celebrado a título oneroso, reciben cosas o servicios³¹⁴ para satisfacer una necesidad³¹⁵, así el usuario utiliza un servicio sin adquirir bienes. Asimismo debemos tomar en cuenta que el usuario y el consumidor deben tener la calidad de finales, es decir que es para su uso o consumo personal y no entrará en una cadena de producción, comercialización o transformación, así

³¹⁰ *Ibíd.* Pág.241

³¹¹ *Óp. Cit.* Spota, Alberto G. Pág. 89

³¹² *Ibíd.* Pág. 90

³¹³ *Ibíd.* Pág. 93

³¹⁴ Farina, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94.* Editorial Astrea. Segunda Edición. Pág. 39

³¹⁵ Spota, Alberto G. Pág.97

como deben tratarse de bienes o servicios ofrecidos masivamente en el mercado para indeterminado número de consumidores o usuarios.³¹⁶ El concepto de prestación de servicios es aquel a través del cual no se transfiere propiedad o la disposición de una cosa sino que mediante un servicio se logra el uso o el goce de un “quehacer humano”³¹⁷ como asesoría, transporte, servicios telefónicos, hospedaje entre otros.

Las redes sociales digitales son un servicio de interconectividad mundial, que permite a los usuarios conectarse con otros con independencia del tiempo y la distancia, además de crear perfiles públicos o semipúblicos. Este servicio satisface la necesidad de los usuarios de preservar los beneficios de la comunidad como: mantener firmes las relaciones sociales, crear y retener la experiencia común, intercambiar opiniones y construir una reputación propia.³¹⁸ El proveedor del servicio maneja una plataforma de manera constante, en la que se recopila toneladas de información para ser interconectada entre los usuarios. La información de los usuarios es segmentada y vendida como parte de estrategias de marketing, de ahí que es evidente que existe una actividad comercial habitual y reporta un interés para el operador. Ofrece a los usuarios un servicio gratuito a cambio de la cesión de datos, que son objetos comerciables que pueden tener una valoración económica en el mercado.

Las redes sociales han sustituido la tradicional manera de revelar la necesidad de los usuarios, han pasado de la identificación de necesidades basada en la experiencia individual a cultivar relaciones personales de manera constante sin que exista un mínimo de poder negociador para los usuarios. El único poder que se mantiene a través del tiempo mientras se produce una base enorme de información generada por el flujo de datos que permite la interacción entre los usuarios, es el poder económico del proveedor. Las redes sociales digitales facilitan e incentivan a la realización de transacciones de información entre

³¹⁶ *Ibíd.* Pág.44

³¹⁷ *Ibíd.* Pág.72

³¹⁸ *Óp. Cit.* Holland, H. Brian. Pág.301

usuarios, mientras éstas obtienen utilidades constituyéndose como terceras partes beneficiarias de la información generada a través de las necesidades sociales.³¹⁹

2.1.1. Términos y condiciones de uso de las redes sociales: MySpace y Facebook

Como se expuso en el capítulo anterior, gran parte de los contratos electrónicos se dan mediante condiciones generales de contratación, en la modalidad que el proveedor impone al consumidor o usuario condiciones generales de contratación. A través de esta modalidad de contratación el proveedor facilita al usuario, entendiéndose ésta como “poner en conocimiento o a disposición” del consumidor a través de un medio electrónico las condiciones generales del contrato. El predisponente informa al consumidor o usuario las condiciones generales con el objeto de que éste se adhiera.³²⁰ En la contratación electrónica las características de la adhesión son análogas a los contratos de adhesión ordinarios. La diferencia radica en la forma de aceptar o adherirse a los términos preestablecidos o condiciones; éstos se manifiestan en un “documento virtual” en el que se utiliza la práctica de hacer un *click* sobre un área específica en la pantalla del ordenador con los términos “acepto” o “*I agree*” (esta modalidad se emplea en los llamados *click and wrap agreements*), o bien a través de una descarga de un software al ordenador, es a través de estos actos que el usuario o consumidor acepta las condiciones generales del contrato.³²¹

Los términos y condiciones de uso comprenden una serie de derechos y obligaciones que se generan para las partes intervinientes. Frente a esta premisa, los términos y condiciones se entienden como condiciones generales de contratación. La doctrina ha establecido que las condiciones generales de contratación pueden entenderse desde el punto de vista de dos tesis: la normativa y la tesis contractualista.

La tesis normativa señala que las condiciones generales de contratación, debido a su carácter de obligatoriedad e indiscutible para las partes, así como su necesidad por suplir

³¹⁹ *Ibíd.* Pág. 305

³²⁰ *Óp. Cit.* Echebarría Sáenz, Joseba A (Coord.). Pág.54

³²¹ Lorenzetti, Ricardo L. *Comercio Electrónico*. Abeledo Perrot Editorial. Buenos Aires: mayo del 2001. Pág.203

lagunas de la ley dentro de sectores del tráfico mercantil, comportan un carácter semejante al de la ley.³²² La crítica a esta teoría es que dentro del estado de derecho es incompatible otorgar a personas naturales o jurídicas privadas facultades normativas, asimismo, las condiciones generales de contratación carecen de elementos internos y externos de norma objetiva; por otra parte, si se considera efectos de ley y no de un contrato resultaría la inimpugnabilidad del contenido predispuesto.³²³

Por otra parte, la tesis contractualista define a las condiciones generales como un conjunto de reglas que un particular establece para fijar el contenido de un contrato, que recae sobre un tipo de prestaciones y contraprestaciones que se propone a obligar. Esta teoría concluye que aceptadas las reglas se ha perfeccionado un contrato y por tanto las condiciones generales de contratación comporta el carácter de *cláusulas contractuales*.³²⁴ Asimismo, no por el hecho de que el contenido predispuesto de las condiciones generales haya sido dispuesto por una sola parte excluye su comportamiento contractual, ya que la adhesión, jurídicamente no se puede entender sino como la voluntad de la otra parte dentro del contrato configurándose así el consentimiento, que resultaría en el nacimiento del vínculo contractual libre y voluntario.³²⁵

Con respecto a ambas tesis planteadas sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales se adopta la tesis contractualista, la misma a la que sumo la conclusión de Stiglitz quien señala que la necesidad de que el usuario o consumidor se adhiera de manera libre a un esquema preestablecido por otro “configura a las condiciones generales como derecho contractual, pues sería innecesaria la adhesión si éstas fuesen normas objetivas.”³²⁶ La adhesión a contratos predispuestos permite que la parte fuerte pueda imponer conductas que resultan gravosas para la parte débil, como aquellas que permiten la recopilación indiscriminada de datos, aquellas que permiten la renuncia al control directo de información o sobre el tratamiento de imágenes.

³²² Óp. Cit. Stiglitz, Rubén S. Pág. 35

³²³ Ibíd. Pág. 36 y 37.

³²⁴ Ibíd Pág. 38

³²⁵ Ibíd.

³²⁶ Ibíd. Pág.42

2.1.2. Recopilación de Datos Personales

La recopilación de datos personales a través de Internet empieza desde el momento en que el usuario accede a sitios web desde su ordenador personal. La tecnología de la red abierta ha creado mecanismos que permiten a los operadores de páginas web conocer sobre la identidad de los usuarios y rastrear las actividades *online* realizadas por los visitantes de su página.³²⁷ Las *Cookies* registran a un usuario determinado con un único número identificable que facilita el rastreo. Este mecanismo se lleva a cabo de manera invisible para la mayoría de usuarios. Cuando un usuario accede a un sitio web, su ordenador transmite cierta información al operador, la dirección IP (Internet Protocol) y la URL (Uniform Resource Locator) de la página web que visita.³²⁸ Las *cookies* son un archivo de texto que contiene un código de identidad, que permite a los operadores conocer del usuario y así identificarlo la próxima vez que acceda al sitio web. De esta manera, los sitios web almacenan información que se encuentra asociada a las computadoras de los usuarios y utilizan esta información para personalizar la interacción con los mismos.³²⁹ Finalmente, el operador del sitio web puede utilizar la información recolectada para publicitar ofertas con las que estaría interesado el usuario, a través de correo electrónico o telemarketing, asimismo pueden ser transmitidos a otras agencias publicitarias. De esta manera, el acceso a Internet, en específico las visitas a sitios web no se caracterizan como búsquedas anónimas.³³⁰

Otro mecanismo comúnmente utilizado para recopilar información es a través de la creación de perfiles *online* denominado “*online profiling*”. Esta modalidad parte de la dimensión comercial que tienen las páginas web. Con frecuencia las páginas web tienen espacios destinados a publicidad que aparecen como paneles rectangulares en la pantalla del ordenador, con contenido promocional y con un hipervínculo que redirecciona al

³²⁷ Óp. Cit. Radin, Margaret y otros. Pág.405

³²⁸ *Ibíd.*

³²⁹ *Ibíd.* Pág.406

³³⁰ *Ibíd.*

usuario a la página principal de la compañía publicitada.³³¹ Los espacios publicitados se generan a partir de un contrato en el que convienen el operador del sitio web y la compañía quien paga por el espacio publicitario. De esta manera, cuando un usuario accede a una página web, el operador sabe qué publicidad colocar en la página basado en la información que el usuario transfiere al servidor. Así, la colección de información generada cuando usuarios de Internet hacen búsquedas, y su asociación con una computadora en particular es conocido como “*online profiling*” o generación de perfiles *online*.³³² Gran parte de los operadores web contienen políticas de privacidad en las que informan al usuario cómo será utilizada la información personal recogida en los archivos del servidor, esto tiene la forma de un contrato entre el usuario y el proveedor que puede ser modificado unilateralmente³³³.

Otra manera de obtener información de las páginas web, en especial aquellas consideradas como redes sociales *online*, es a través de formularios que deben llenar los usuarios a fin de obtener el servicio, así pueden crear su perfil. Las redes sociales se encuentran legitimadas a través de un contrato de adhesión en la que se dispone de las obligaciones para el usuario y para el operador³³⁴. Los usuarios ponen a conocimiento de su red de amigos, todo aquello que les identifique como individuos: fotografías, aficiones, religión, ideología política, gustos de comida, novelas, teleseries, música, etc. Dada la gran cantidad de datos que los usuarios publican, las personas se convierten en “identidades digitales” que facilitan un rápido conocimiento de sus puntos de contacto, gustos, hábitos y consumos³³⁵. Los usuarios cuelgan en la plataforma de la red social la información que sobre sí mismos desean, es por esto que los usuarios se deben sensibilizar sobre qué información suben a la plataforma, ya que información básica puede no resultar atentatoria, sin embargo información más sensible relativos a su sexualidad, ideología u opinión se

³³¹ *Ibíd.* Pág.411

³³² *Ibíd.* Pág.412

³³³ *Ibíd.* Pág.420

³³⁴ Óp. Cit. Agencia Española de Protección de Datos y el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (España). Pág. 80

³³⁵ *Ibíd.* Pág. 82

debe proteger con más énfasis debido a que consiste en los elementos de la esfera más íntima de los usuarios³³⁶.

El primer momento crítico en el que se puede encontrar una afectación a la privacidad es en el momento en que los usuarios registran su cuenta y perfil. Muchas redes sociales invitan a los usuarios a depositar información como condición para el servicio. De esta manera, mientras menos información obligue a llenar las redes sociales, menor afectación podría resultar a los derechos de privacidad y protección de datos personales³³⁷. El grado de recolección de datos de una persona dependerá en gran medida del nivel de publicidad que éste le otorgue a su perfil; sin embargo la mayoría de redes sociales permiten la publicidad de perfiles por *default*.³³⁸ Asimismo, la recolección de datos dependerá en gran medida de la finalidad que tenga el servidor u operador del sitio web, asimismo dependerá de si los fines son publicitarios, para generar bases de datos, etc. En fin dependiendo de los fines establecidos en la política de privacidad de las entidades, variará la cantidad de información que ofrece el usuario a petición del operador.³³⁹

La recolección de los datos llega a su segunda fase crítica en el momento en que el usuario se desarrolla y desenvuelve en la plataforma, ya que es en ese momento en el que, a fin de generar amistades, crear contactos y mantener los preexistentes, empezará a utilizar la plataforma a su discreción. Así, la recolección de datos dependerá de la publicación excesiva por parte de los usuarios³⁴⁰, a esto, se debe sumar la facultad que tienen, en muchas ocasiones, los operadores para almacenar toda la información de los usuarios. Por otra parte, la recolección de datos personales se efectúa desde el momento en que los perfiles de los usuarios son indexados a través de buscadores, esto quiere decir que a través de los motores de búsqueda en la web, el perfil del usuario puede encontrarse como

³³⁶ *Ibíd.* Pág. 96

³³⁷ *Ibíd.*

³³⁸ *Ibíd.* Pág. 97

³³⁹ *Ibíd.*

³⁴⁰ *Ibíd.*

público. El perfil que aparece público en el motor de búsqueda muestra la información básica de los puntos de contacto y la fotografía del usuario³⁴¹.

La tercera fase crítica en la que se recolecta información del usuario y reporta una posible violación, es cuando el usuario pretende dar de baja el servicio. Ya que se ha comprobado que en redes sociales, cuando los usuarios pretenden desconectarse del servicio, empiezan a atravesar una serie de procedimientos que no guardan relación con la voluntad del usuario, sino que pretenden mantener al usuario activo³⁴². Por otra parte, es comprobado que los datos no pierden su existencia en la red únicamente por el hecho de cerrar una cuenta activa y la eliminación de un perfil.³⁴³ Asimismo, otras redes sociales almacenan los datos en una base de datos que conservan una vez cuando ya ha finalizado el servicio. De acuerdo con el Informe sobre privacidad de la Agencia Española de Protección de Datos la recolección de datos se presenta en todas las fases de existencia y uso de las redes sociales como ya se explicó en este punto.

De esta forma, dadas las características de los términos y condiciones así como los procesos de recolección de información de carácter personal, hace que los contratos de acceso a redes sociales sean proclives a contener cláusulas abusivas, las mismas que analizaremos a continuación.

2.2. Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión electrónicos.

A diferencia de los contratos de libre discusión en el que las partes debaten y estipulan de manera libre las cláusulas contenidas en el mismo, en el contrato de adhesión el contrato nace sin discusión previa entre las partes, mediante la aceptación de una de las partes a las condiciones preestablecidas por la otra.³⁴⁴ La esencia del contrato de adhesión radica en la ausencia de las negociaciones preliminares *inter partes*, sino que uno de ellos impone “la ley del contrato” al otro, cuya participación se reduce a la aceptación o el

³⁴¹ *Ibíd.*

³⁴² *Ibíd.* Pág.102

³⁴³ *Ibíd.*

³⁴⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los Contratos*. Editorial Temis S.A. 19—-[?]. Pág.39-40.

rechazo al mismo.³⁴⁵ De manera que el usuario o consumidor se encuentra en una posición de “*take-it-or-leave-it*”, en el que existe una diferencia en el poder económico y negociador de las partes³⁴⁶.

Dentro del contrato de adhesión, dado que una de las partes mantiene el poder económico y negociador del contrato, se puede atribuir mala fe a ciertas cláusulas que afecten a la parte débil configurándose así cláusulas abusivas. En materia de cláusulas abusivas, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sido escaso, es por esto que resulta pertinente referirnos al análisis realizado por exponentes en el derecho comparado. En cuanto al ordenamiento jurídico chileno, Claudia Schmidt Hott, ha resaltado que las cláusulas abusivas nacen en virtud de los contratos de adhesión que contempla la ley 19.496 sobre la Protección a los Derechos del Consumidor, la misma que ha contemplado contratos mercantiles únicamente, restringiendo su aplicación³⁴⁷. Por otra parte, Schmidt señala que en materia de cláusulas abusivas, lo que se pretende es otorgar una protección especial al contratante más débil dentro de una relación negocial. La Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores de la Comunidad Europea dispone en el Art.3 el concepto de cláusulas abusivas:

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Por otra parte la Directiva 93/13/CEE señala en el Art.3.2 sobre las cláusulas que se entienden haber sido negociadas unilateralmente: 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Este artículo retoma el concepto del contrato de adhesión.

³⁴⁵ *Ibíd.* Pág.40

³⁴⁶ Jordan, James V. y Judith B. Gitterman. *Franchise Agreements: Contracts or Adhesion?*. American Bar Association. Franchise Law Journal. 1996. Pág.3

³⁴⁷ *Óp. Cit.* Schmidt Hott, Claudia. Pág. 49

En cuanto a la legislación ecuatoriana se podría utilizar el concepto dispuesto en la Codificación de las Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, Libro 1-B,³⁴⁸ específicamente en el Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero en la Sección IV, Disposiciones Generales, Art.20:

20.8 Cláusulas abusivas.- Son aquellas que se incluyen en los contratos y es contrario al principio de buena fe y al justo equilibrio entre usuarios e instituciones del sistema financiero, y no ha sido negociada individualmente entre las dos partes;

En ambos conceptos se entiende que las cláusulas abusivas se ubican dentro del marco de los contratos de adhesión, ya que hacen referencia a aquellas que no se han negociado por ambas partes, y han sido expuestas de manera individual. Además, en ambos conceptos se extiende el concepto de “abusiva” cuando dicha cláusula afecta al desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los usuarios y las entidades.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor³⁴⁹ dispone en el Art. 43 aquellas cláusulas prohibidas que no tendrían eficacia en el contrato, como aquellas que: “1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;”. Una cláusula equivalente como abusiva recoge el Anexo a la citada Directiva 93/13/CEE: “a) excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional”. Por consiguiente, se puede entender que una cláusula que limite, exima o atenúe la responsabilidad del proveedor podría entenderse como abusiva. Es importante, en este punto citar la cláusula de los términos de contratación en la Declaración de Derechos y Responsabilidades de Facebook que señala:

3. Intentamos mantener Facebook en funcionamiento, sin errores y seguro, pero lo utilizas bajo tu propia responsabilidad. Proporcionamos Facebook "tal cual" sin garantía alguna expresa o implícita, incluidas, de manera enunciativa pero no limitativa, las garantías de comerciabilidad, adecuación a un fin particular y no contravención. No garantizamos que Facebook sea seguro. Facebook no se responsabiliza de las acciones, el contenido, la información o los datos de terceros y

³⁴⁸ Superintendencia de Bancos. *Resoluciones 306* (Ecuador). Registro auténtico 5 de julio del 2006. Modificado el 7 de julio del 2011.

³⁴⁹ Ley 21. *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* (Ecuador). Registro Oficial Suplemento 116. 10 de julio del 2000. Última modificación: 09 de marzo del 2009.

por la presente nos dispensas a nosotros, nuestros directivos, empleados y agentes de cualquier demanda o daños, conocidos o desconocidos, derivados de o de algún modo relacionados con cualquier demanda que tengas interpuesta contra tales terceros.³⁵⁰

Como se puede observar, a través de esta cláusula el proveedor de Facebook se exime de responsabilidad ante el usuario, quien acepta los términos contractuales. Esta cláusula se podría considerar como abusiva. Lo mismo sucede cuando accedemos a los términos de MySpace.com bajo el título de “13. Exenciones de responsabilidad”:

Además, Myspace no es responsable por ningún daño, lesión o pérdida provocado por los Usuarios de los Servicios Myspace ni por el equipo o programas asociados o utilizados en los Servicios Myspace o los Servicios vinculados. [...]Myspace no es responsable del Contenido, precisión ni opiniones expresadas en tales sitios web y servicios; [...] Myspace no asume responsabilidad alguna por ningún error, omisión, interrupción, eliminación, defecto, retraso en el funcionamiento o la transmisión, fallas de líneas de comunicación, robo o destrucción o acceso no autorizado ni alteración de las comunicaciones de ningún Usuario o Miembro. [...] En ningún caso Myspace será responsable por ninguna pérdida o daño, incluyendo, a título enunciativo pero no limitativo, lesiones personales o muerte que sea el resultado del uso de los Servicios Myspace o Servicios vinculados, [...]Los Servicios Myspace y los Servicios vinculados se suministran “TAL CUAL” y según disponibilidad y Myspace expresamente niega ninguna garantía de aptitud para un fin determinado y no violación. Myspace no puede garantizar ni promete ningún resultado específico del uso de los Servicios Myspace o los Servicios vinculados.

En el contrato de Myspace se establece bajo el título de “14. Limitación de responsabilidad”:

En ningún caso Myspace será responsable ante usted o ante terceros por ningún daño indirecto, emergente, ejemplificador, incidental, especial o punitivo, incluyendo, a título enunciativo pero no limitativo, daños por lucro cesante que surjan de su uso de los servicios Myspace o los servicios vinculados, aún en el caso de que Myspace conociera la posibilidad de tales daños.

La doctrina señala que las cláusulas impuestas por el empresario de manera unilateral que perjudique a la otra parte, o “determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio de los consumidores o

³⁵⁰ Facebook. <http://www.facebook.com/home.php#!/terms.php>

usuarios” es una cláusula abusiva, vejatoria, desleal o lesiva.³⁵¹ De manera que cualquier cláusula que exima de responsabilidad a una de las partes, pone en evidencia una posición de desequilibrio el contrato en perjuicio para el usuario.

El mismo Art.43 de la Ley Orgánica de Protección al consumidor señala como cláusulas prohibidas aquellas que “5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;”, la misma cláusula dispone como abusiva en la Directiva 93/13 que dispone: “j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo;”. En relación a esto, es pertinente observar la cláusula del contrato de Facebook que dispone:

1. Podemos cambiar esta Declaración si te lo notificamos (mediante la publicación del cambio en la página Facebook Site Governance) y te ofrecemos la posibilidad de hacer comentarios. Para obtener notificaciones de los cambios futuros a esta declaración, visita nuestra página Facebook Site Governance y hazte fan.³⁵²

Esta cláusula condiciona el conocimiento de la modificación de los términos contractuales a la notificación mediante una página denominada Facebook Site Governance. Una vez notificada a esta página, el proveedor puede modificar los términos. La única manera en la que Facebook no pueda cambiar los términos del contrato es cuando el más del 30% de los usuarios activos realizan una votación en contra de la notificación propuesta por Facebook³⁵³. Ahora bien, para que la plataforma someta a votación una modificación a los términos, deberá existir como condición, 7.000 comentarios de usuarios acerca del cambio³⁵⁴. De manera que, la regla general aplicada en los términos, es que el proveedor podrá modificar el contenido siempre que notifique a través del sitio web (Facebook Site Governance), y la excepción es cuando 7000 usuarios comenten sobre la modificación, se somete a votación y si gana el 30% de usuarios activos no se modifica. Actualmente, el número de fans de Facebook Site Governance es en total de 1’945.000 usuarios³⁵⁵ de 500

³⁵¹ Óp. Cit. Farina, Juan M. Pág. 348

³⁵² Facebook. <http://www.facebook.com/home.php#!/terms.php>

³⁵³ Facebook. <http://www.facebook.com/home.php#!/terms.php>

³⁵⁴ Facebook. <http://www.facebook.com/home.php#!/terms.php>

³⁵⁵ Facebook Site Governance.

http://www.facebook.com/fbsitegovernance?sk=wall#!/fbsitegovernance?sk=app_7146470109

millones de usuarios³⁵⁶, que se reduce a un 0.38% de usuarios activos que conocen de las notificaciones a los cambios en las condiciones. Lo mismo sucede con la política de uso de la red social MySpace que dispone, de manera más directa:

Periódicamente Myspace puede modificar su Política de privacidad para reflejar iniciativas de la industria o cambios legales, nuestra práctica en la recopilación y el uso de IIP, las características de los Servicios Myspace o tecnología; tales modificaciones tendrán vigencia desde el momento de su publicación por parte de Myspace en el Sitio web Myspace. Si, después de que Myspace publica una Política de privacidad revisada, usted continúa utilizando los Servicios Myspace, implicará su consentimiento a la Política de privacidad revisada.

Estos son ejemplos de cláusulas abusivas que se reconoce a nivel regional europeo, que Ecuador ha entendido en su legislación, que además deben entenderse no como una lista taxativa de cláusulas abusivas sino como fórmulas abiertas con las que el mercado opera en las relaciones comerciales diarias, de ahí que la cláusula abusiva debe verse como aquella que desnaturaliza la esencia de las obligaciones y pudieran ser introducidas en el futuro³⁵⁷. En Estados Unidos, por otra parte, se ha entendido como límite a la contratación el concepto de “*unconscionability*”, que tomó significancia en los contratos con los consumidores a partir de mediados del S.XX, actualmente reconocido en el Código de Comercio Uniforme.³⁵⁸ Este concepto radica en la carencia de conocimiento y consciencia de las cláusulas contractuales que tiene el consumidor frente a las condiciones de los contratos de adhesión. En algunos casos, los consumidores han utilizado el fundamento de “*unconscionability*” a fin de eximirse de cláusulas excesivamente onerosas como la cláusula arbitral³⁵⁹.

Por ejemplo en el caso *Brower vs. Gateway 2000 Inc*, (1998). Gateway 2000 ofrecía, a través de venta directa vía telefónica o electrónica, productos para computadoras y *software*. La práctica usual de Gateway 2000 Inc, era la de enviar el producto al domicilio de los consumidores con un folleto impreso titulado “*Términos y Condiciones del*

³⁵⁶ S/A. BBC News Technology. *Facebook hits 500m user milestone*. “Social network giant Facebook has registered its 500 millionth member, the firm has announced.” 21 de Julio del 2010. <http://www.bbc.co.uk/news/technology-10713199>

³⁵⁷ Óp. Cit. Farina, Juan M. Pág. 350

³⁵⁸ Óp. Cit. Radin, Margaret Jane y otros. Pág. 889

³⁵⁹ *Ibíd.* Pág.889

Contrato”. En estos términos se incluía la disposición que a partir de los treinta días de recibido el producto, si el consumidor ha mantenido en su poder el sistema Gateway 2000, se entendían aceptados los términos y condiciones. Dentro de los términos bajo el acápite de “Resolución de Controversias” la cláusula establecía la fijación exclusiva de un tribunal arbitral conforme a las normas de conciliación y arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

Frente a esta situación, los consumidores alegaron que la cláusula arbitral sería inválida, “*unconscionable*” y que no podría obligar a los consumidores a acudir a un tribunal arbitral, específicamente alegaron la oscuridad de la cláusula y las esperanzas razonables del consumidor. Asimismo, alegaron la excesiva cuantía de los procesos sometidos a las normas de la Cámara Internacional de Comercio. Por otra parte, Gateway 2000 alegó la incompetencia del juez debido a la cláusula arbitral. Sin embargo la Corte resolvió desconocer el argumento fundamentado en la cláusula arbitral por ser “*unconscionable*” y decidió que el contrato debía surtir plenos efectos ya que el producto contenía un período de 30 días para realizar reclamos.³⁶⁰ La autora, Margaret Radin, considera que en el caso *Brower v. Gateway 2000, Inc.* debieron declarar la cláusula de arbitraje sin efecto debido a los costos del proceso de un consumidor individual, existe “*unconscionability*” desde el momento en que una de las cláusulas del contrato resulta ser desmesuradamente favorable para una de las partes y además demuestra una carencia de decisión y elección de la otra parte.³⁶¹

2.2.1. Renuncia expresa a los derechos de privacidad e intimidad

Ya determinados los conceptos y el ámbito de protección de la privacidad y la intimidad, así como el derecho a la protección de datos personales (Capítulo I), es importante hacer referencia a lo que tratará este acápite. Aceptados los términos contractuales de los contratos de adhesión que legitiman el servicio prestado por las redes sociales, el usuario se obliga en los términos contractuales establecidos unilateralmente.

³⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 894

³⁶¹ *Ibíd.* Pág. 895

Estos contratos de adhesión tienen la particularidad de ser la manifestación escrita de la voluntad de los usuarios, de manera que si estos contratos de adhesión, contienen cláusulas que suponen el compromiso de los derechos de intimidad o privacidad, sería una renuncia expresa a tales derechos. Es por esto que en este punto, me centraré en citar ejemplos de políticas de privacidad de dos redes sociales que inducen a la renuncia de los derechos de privacidad, intimidad y protección de datos personales, incluida la red social Facebook y MySpace.

En la red social online MySpace, el registro es gratuito, y el primer paso es crear una cuenta. El formulario de registro contiene las siguientes entradas como campos obligatorios:

- a) Tipo de cuenta: que se puede escoger de entre varias categorías como cineasta, músico, comediante o de tipo personal.
- b) Nombre
- c) Apellido
- d) Correo Electrónico
- e) Contraseña
- f) Cumpleaños y;
- g) Sexo³⁶²

Una vez completados estos campos, en pantalla aparece un hipervínculo llamativo (de color amarillo) que contiene la frase: REGISTRO GRATUITO, al cual le acompaña un texto que señala: Al hacer click en Registro gratuito, aceptas los términos de servicio y la política de privacidad de Myspace³⁶³. Dentro de las políticas de privacidad de MySpace señala que los usuarios mantienen sus derechos sobre el contenido que deseen hacer público. Sin embargo, se formaliza una licencia sobre el contenido a favor del operador. La licencia que el usuario concede, a través de los términos de uso, es una:

³⁶² MySpace. <https://www.myspace.com/signup>

³⁶³ MySpace. <https://www.myspace.com/signup>

licencia limitada para usar, modificar, eliminar o añadir, presentar públicamente, mostrar públicamente, reproducir y distribuir dicho Contenido únicamente en los Servicios MySpace, a través o en relación con ellos, incluyendo, a título enunciativo pero no limitativo, mediante los Servicios Myspace a aplicaciones, widgets, sitios web o servicios móviles, de escritorio u otros servicios que puedan estar vinculados a su cuenta Myspace (en conjunto “Servicios vinculados”) incluyendo, a título enunciativo pero no limitativo, distribuir todo o parte de los Servicios MySpace y cualquier Contenido incluido en ellos, en cualquier formato de medios y a través de cualquier medio de difusión, con la excepción del Contenido marcado como “privado”, que no se distribuirá fuera de los Servicios MySpace y los Servicios vinculados.

Si bien esta licencia limitada no otorga a Myspace el derecho a vender ni distribuir de cualquier otra forma su Contenido fuera de los Servicios Myspace o los Servicios vinculados se debe hacer un análisis de la naturaleza de la licencia que otorga el usuario sobre el contenido al operador *online*. La licencia versa sobre el contenido que el usuario publique en la red social, es decir cualquier información que no se ha calificado como “privada”, ya que dicha información se mantiene en la plataforma de los servicios de la página web y aquellos vinculados a la misma. Esta licencia es una obligación contractual a la que el usuario se adhiere, de lo contrario no podrá acceder al servicio. O bien, si el usuario accede al servicio el contrato se activa por el mero uso de la plataforma, ya que se perfecciona el contrato por el hecho de estar ante un contrato de modalidad “*browsewrap*”.

La licencia que otorga el usuario a la plataforma versa sobre su información personal, que incluye datos personales, información sensible y privada que el usuario publica. La licencia concede derechos sobre los datos a MySpace, quien puede “usar, modificar, eliminar o añadir, presentar públicamente, reproducir y distribuir el contenido” a los servicios de MySpace a terceros que manejan las aplicaciones, a otras páginas web u otros servicios vinculados a la cuenta del usuario. La disposición que tiene sobre los datos mientras dura la licencia puede verse como una renuncia temporal al derecho a la intimidad y privacidad ya que el usuario desprende de su esfera de control su información personal. Al desprender el usuario de su esfera el control de la información se puede hacer un análisis de la violación al sentido positivo y negativo del derecho a la intimidad como se adelantó en el primer capítulo.

En relación a la connotación positiva, siendo aquella que permite al sujeto, en virtud de la libertad, determinar qué hacer, cuándo estar solo y cómo vivir su propia vida íntima³⁶⁴ se puede entender vulnerado en el sentido que el usuario pierde esta facultad propia, ya que su información personal y no personal podrá ser divulgada en cualquier momento por el operador. Por otra parte, el sentido negativo de este derecho, las personas que rodean a un individuo tienen la obligación de abstenerse de irrumpir en la esfera de privacidad de éste.³⁶⁵ Sin embargo, al obligarse el usuario a conceder la licencia sobre el contenido de su perfil, es ceder al operador y desprenderse del sentido negativo del derecho ya que permite la injerencia a través del uso, modificación o publicación del contenido por parte del operador.

Por otra parte, en las condiciones generales de MySpace señala la facultad que tienen los usuarios para realizar búsquedas de personas a los miembros de la plataforma. Así, través de los motores de búsqueda se puede mostrar información personal del usuario, y MySpace puede indexar una la parte del perfil que se muestra públicamente³⁶⁶. Al conceder la atribución de indexar información personal de los usuarios para que aparezcan en los motores de búsqueda, el usuario pierde el control de sus datos personales que se harán públicos al resto de usuarios, así el usuario concede el sentido positivo de su derecho a la intimidad. Esta concesión que los usuarios hacen a la plataforma de la red social, es una renuncia expresa temporal a su derecho a la intimidad personal.

El tipo de información que los usuarios conceden a la red social se califica en información de identificación personal y en información no personal. En MySpace bajo las condiciones de uso en el título de “recopilación y presentación de información de identificación personal (IIP) y de información de identificación no personal en MySpace” la cláusula establece que cuando Myspace recopila la IIP se debe a que el usuario presenta voluntariamente dicha IIP de registro para poder registrarse como Miembro de Myspace. Sin embargo, ¿puede el usuario acceder al servicio si no presenta la IIP? El usuario, no

³⁶⁴ Óp. Cit. Estrada Avilés, Jorge Carlos. Pág. 2y 3

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ MySpace. <http://www.myspace.com/help/terms>

puede manifestar su voluntad contraria si desea utilizar el servicio, siempre su voluntad será positiva ya que así manifiesta el contrato. Asimismo, MySpace también recopila la IIP

[...]si el usuario escoge participar en actividades de los Servicios Myspace como sorteos, concursos y encuestas, porque desea que productos, servicios, boletines informativos o información o en relación con el contenido o recomendaciones que envía. Además, Myspace recopila otro tipo de información de identificación no personal como dirección IP, datos agregados de usuario y tipo de explorador. Estos datos se utilizan para gestionar y mejorar los Servicios Myspace, realizar un seguimiento del uso y por razones de seguridad.

A través de la legitimación de un contrato en el que el proveedor del servicio adquiere derechos sobre la información personal de los usuarios se identifica todos los momentos en el que el operador recopila datos. El contrato se entiende como la voluntad del usuario, sin embargo es importante tomar en cuenta que estas condiciones generales limita el derecho a la intimidad de los usuarios y a la protección de datos personales.

2.2.2. Tratamiento de la imagen como dato de carácter personal

A la imagen se le ha dado un tratamiento especial en el sentido que su protección ha variado dentro de diferentes figuras. Se ha hecho una distinción doctrinaria entre el tratamiento de la imagen de una persona privada como dato personal en contraste con el tratamiento de la imagen de una figura pública o “celebridades”. La diferencia principal entre el tratamiento jurídico que se da a la imagen de un individuo privado a diferencia del tratamiento jurídico de la imagen de figuras públicas es que mientras la apropiación de imágenes de personas privadas se mira como una afectación al derecho a la privacidad, la apropiación no consentida de imágenes de figuras públicas se ve como una afectación a los derechos de propiedad. En palabras de Thompson: “The critical difference is that a property right focuses on the injury to the pocketbook, whereas an invasion of appropriation privacy focuses on the injury to a person's feelings.”³⁶⁷

Como se explicó anteriormente, el derecho a la privacidad desde el punto de vista anglosajón se concibió como la protección de los individuos frente a la injerencia de

³⁶⁷ Óp. Cit. Thompson, Robert T. Pág.1

terceros en su esfera de intimidad, además del control (en sentido positivo) de aquella información que desea divulgar con el fin de no ser afectado mentalmente. Después de la idea de privacidad como “the right to let be alone”, el Profesor William Prosser desarrolló la teoría de Warren y Brandeis categorizando la invasión a la privacidad en cuatro aspectos distintos, uno de estos tipos de invasión incluía la apropiación de las cualidades del accionante, su nombre o identidad, lo que después se conocería como el “derecho a la publicidad” o “the right of publicity”.³⁶⁸ Cabe recalcar que el fundamento del nacimiento del derecho a la publicidad tiene antecedentes del derecho a la privacidad en la medida que protege de la apropiación de identidad personal por parte de terceros.

Según la teoría de Prosser, el daño generado por causa de una apropiación sin consentimiento de la identidad ajena, estaba directamente relacionado con el interés de la privacidad de una persona; esto debido a que es una apropiación de las cualidades únicas individuales que identifican a una persona.³⁶⁹ Fue representativo el tiempo que duró mientras las cortes americanas consideraron el derecho a la privacidad como un derecho único de las personas privadas. Asimismo, era común que las cortes no reconozcan o acepten la injerencia en la esfera íntima de las “celebridades” en virtud de ser considerados “to have sought out their fame and thus could not be offended by further exposure.”³⁷⁰

Para proteger el derecho de las celebridades a conservar su imagen y a tener un control de la misma sobre su uso comercial sin consentimiento, se identificó a este derecho como “the right of publicity” que fue membretado bajo el concepto de “propiedad”. El problema que planteó la consideración de la imagen como propiedad, es que éste derecho podría seguir existiendo *post mortem* al ser transmisible. Por otra parte, de considerarse a la imagen como parte de un derecho personal éste derecho se extingue con la persona por el hecho de ser personalísimo. Sin embargo, con el precedente jurisprudencial de no haber reconocido la imagen pública como parte de la privacidad de aquellas figuras, éste no se enmarcaba dentro de la categorización del “*right of privacy*” subsistiendo sin sustento

³⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 161

³⁶⁹ *Ibíd.* Pág.162

³⁷⁰ *Ibíd.* Pág.163

jurídico. Frente a esto la categoría de un derecho de propiedad sustentado en el principio de publicidad tenía mejor tratamiento que como un derecho fundamental.³⁷¹ Es pertinente analizar el caso Muhammad Ali v. Playgirl Inc (1978), en el que el boxeador profesional, Ali, inició un proceso en contra de la revista Playgirl y la distribuidora Independent por haber publicado, impreso y distribuido el retrato de un hombre afroamericano, sentado en la esquina de un ring de box, que podía deducirse de manera inconfundible ser el demandante, Muhammad Alí. De ahí que pareciera ser un retrato personal del profesional.³⁷²

El demandante alegaba la violación al derecho a la privacidad reconocido en los derechos civiles del Estado de New York y el derecho a la publicidad reconocido por el *common law*.³⁷³ Frente a esta premisa la Corte de New York señala que los rasgos físicos del hombre en el retrato como la pronunciación de los huesos de las mejillas, las cejas gruesas, la nariz ancha acompañados de rasgos fuertes en la expresión facial y la distintiva sonrisa conducen a la identificación de las características propias de Ali.³⁷⁴ Como consecuencia, acepta la excepción preliminar para evitar daños irreparables y ordena la cancelación de la distribución de la edición de Playgirl que contenía la imagen³⁷⁵:

*Any person whose name, portrait or picture is used within this state for... the purposes of trade without the written consent [of that person] may maintain an equitable action . . . against the person, firm or corporation so using his name, portrait or picture, to prevent and restrain the use thereof; and may also sue and recover damages for any injury sustained by reason of such use [...]*³⁷⁶

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la imagen del boxeador, la Corte aborda el concepto desde el punto de vista patrimonial. En virtud de la carrera notoria y pública del boxeador Muhammad Ali, éste adquirió un valor comercial en lo referente a su reputación e imagen, como lo adquieren empresas o marcas de renombre. Como consecuencia de su fama, la revista Playgirl está abusando de las utilidades que la imagen

³⁷¹ *Ibid.* Pág.165

³⁷² United States. District Court for the Southern District of New York. Muhammad Ali, plaintiff, v. Playgirl, Inc., Tony Yamada and Independent News Company, Defendants. 3 de marzo de 1978.

³⁷³ *Ibid.* Pág.4

³⁷⁴ *Ibid.* Pág.4

³⁷⁵ *Ibid.* Pág.8

³⁷⁶ *Ibid.* Section 51 of the New York Civil Rights Law Pág. 4

del boxeador pudiera generar, apropiándose de manera ilegal de los beneficios monetarios generados por una mercancía autogenerada.³⁷⁷

De manera análoga, la reproducción del retrato de una persona que podía identificarse con Jacqueline Kennedy Onassis como imagen de la publicidad de nuevos productos, fue discutida en el caso *Christian Dior v. Jacqueline Kennedy Onassis* (1984) en el mismo Estado de New York.³⁷⁸ La discusión de este caso radica en la violación al derecho a la privacidad; en que los demandados, Christian Dior New York Inc, utilizaron la fotografía de la modelo Barbara Reynolds para publicitar nuevos productos de la marca. En la imagen aparece la modelo plenamente identificable como la ex primera dama Jacqueline Kennedy Onassis, la demandante. Kennedy alega en su demanda que la imagen de la modelo Barbara Reynolds resulta tener un parecido estrecho con su propia imagen, a la misma que la primera dama no ha consentido, en base a esto alega un daño irreparable y violación al derecho a la privacidad³⁷⁹. Asimismo, se alegó que voluntariamente, la ex primera dama jamás hubiera consentido en realizar una publicidad ambigua como la propuesta por Dior en la campaña, ya que Kennedy únicamente permitió la distribución de su imagen en temas estrictamente académicos, cívicos y de servicios públicos³⁸⁰. Este alegato encontró fundamento en el derecho que prohíbe una explotación comercial de la imagen de terceros.

Frente a esta premisa, la Corte se pronunció de la siguiente manera: la identidad de una persona no solo se conoce por su nombre o rostro, sino de otras características como la voz, movimiento, estilo personal, frases comúnmente utilizadas por la persona o su historia personal; sin embargo la legislación ha encontrado su esfera de protección en lo referente al imagen, cuerpo y rostro³⁸¹. Aún cuando la figura de Jacqueline Kennedy es pública, su identidad debe permanecer bajo su control, en el sentido que la ex dama puede ser objeto de

³⁷⁷ *Ibíd.* Pág.6

³⁷⁸ United States of America. Supreme Court of New York, New York County. *Jacqueline K. Onassis, Plaintiff, v. Christian Dior -- New York, Inc., et al., Defendants.* 1984.

³⁷⁹ *Ibíd.* Pág. 4

³⁸⁰ *Ibíd.*

³⁸¹ *Ibíd.* Pág. 7

comentarios en diarios o de humor, sin embargo cuando la intención de la persona es la de obtener beneficios a través de la venta de un bien, se está violando el derecho a la privacidad³⁸². De manera que la Corte concluye:

*[...] [T]his court finds on the undisputed facts, that plaintiff's identity was impermissibly misappropriated for the purposes of trade and advertising, and that it makes no difference if the picture used to establish that identity was genuine or counterfeit.*³⁸³

Como conclusión del presente caso, la Corte señala que es evidente que, al Christian Dior utilizar la identidad de la ex primera dama ha violado el derecho a la privacidad³⁸⁴.

Partiendo de la “cara” del derecho a la privacidad como aquel que permite la “autodefinición” como individuo y el derecho a la personalidad, si tomamos en cuenta que la apropiación de una imagen o de algún elemento que identifique la personalidad de un sujeto que no conste como figura pública (sin el ánimo de divulgar o ceder), es evidentemente una invasión a la privacidad. Por consiguiente, el uso de imágenes con fines comerciales de celebridades se mira como una afectación económica en razón de los beneficios percibidos, mientras que el uso de imágenes de personas privadas es una afectación a la esfera íntima de la persona. En consecuencia, “[...] [T]he protection upon an intrusion upon an individual's privacy are different in theory and scope.”³⁸⁵

El uso de imágenes en redes sociales digitales es común actualmente. La creación de perfiles de los usuarios incluye diferentes indicadores que representa a la persona, como sus gustos o intereses, así como las inclinaciones políticas o sexuales. Sin embargo, los datos identificables que son mayormente compartidas dentro de los perfiles de uso, son las imágenes o autorretratos que relacionan directamente a la persona con su vida.³⁸⁶ Existen diferentes Redes Sociales que incentivan a los usuarios a la creación de su perfil, haciéndolos identificables a través de diversos elementos como intereses comunes, grupos

³⁸² *Ibíd.* Pág. 8

³⁸³ *Ibíd.* Pág. 9

³⁸⁴ *Ibíd.* “Plaintiff's statutory right to privacy has been trampled upon, and that all that need be shown.”

³⁸⁵ Thompson. Pág.167

³⁸⁶ Gross, Ralph y Alessando Acquisti. *Information Revelation and Privacy in Online Social Networks*. Workshop on Privacy in the Electronic Society (WPES), Carnegie Mellon University. 2005. Pág. 1 http://scholar.google.com/scholar?cluster=6205346544128818688&hl=es&as_sdt=0&as_vis=1

de asociación o de afición, sin embargo la mayoría de servidores incentivan a los usuarios a utilizar fotografías personales.³⁸⁷

Actualmente, las redes sociales proveen además del servicio de interconectividad, aplicaciones diversas que hacen del servicio una agenda fotográfica virtual. Una de las aplicaciones es el reconocimiento biométrico de las proporciones faciales de los usuarios. Es decir que la plataforma, a través de códigos y programaciones, es capaz de reconocer la simetría facial de las personas, guardando en su información los rasgos físicos de las personas. La aplicación permite que cuando los usuarios “cuelgan” en la plataforma imágenes, por *default* la plataforma sugerirá qué persona es de la lista de contactos del usuario. El reconocimiento se realiza a través de la observación tecnológica de los rasgos de los propietarios de las imágenes, simetrías únicas que en lo posterior permitirán a la plataforma asociar sus proporciones físicas dentro de imágenes de otros usuarios.

Los niveles de implicación de la privacidad asociada con el uso de las redes sociales digitales se determinan a partir de cuánta información es visible y accesible para la comunidad virtual de tal manera que permita la identificación de un individuo, independientemente si es usuario o no. No es necesario que el proveedor del servicio mantenga los perfiles abiertos para determinar la implicación e incidencia en la privacidad, basta con que el proveedor permita la visibilidad de ciertos datos que puedan asociarse al perfil de alguna persona para que se vea afectada la intimidad.³⁸⁸ Un estudio realizado por Gross demuestra que en Carnegie Mellon University, la comunidad de usuarios de Facebook proveen toneladas de información al proveedor, de los estudiantes de CMU el 90.8 % de los perfiles contenían una imagen como dato identificable.³⁸⁹ Así, el estudio concluyó en que solo un número muy reducido de usuarios cambian las configuraciones de privacidad de las preestablecidas. En general, información perfectamente identificable como la imagen personal se encuentra accesible para cualquier usuario registrado en Facebook.³⁹⁰ De manera que la permisividad y el acceso de todos los usuarios de la Red de Facebook

³⁸⁷ *Ibíd.* Pág.2

³⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 3

³⁸⁹ *Ibíd.* Pág.5

³⁹⁰ *Ibíd.* Pág.6 y 7.

para mirar la imagen de perfil de un usuario puede entenderse como una reproducción masiva que permite que personas alrededor del mundo puedan mirarla, de manera que se constituye como una afectación a la privacidad por la distribución de la imagen a nivel mundial.

Cuando hablamos de la imagen de personas privadas, es menester señalar que se refiere a la reproducción o retrato de las cualidades físicas de una persona, del rostro o figura humana que es perfectamente visible para terceros, representada en un soporte material ya sea digital o en papel. La doctrina ha sido tendiente a relacionar la imagen personal como parte de los derechos de la personalidad, ya sea o dentro del derecho a la intimidad o como parte del derecho al honor.³⁹¹ Como parte del honor de una persona, la tutela de la imagen es una de las expresiones del honor ya que dentro de la imagen se encuentra lo más sensible de las personas. El perjuicio generado a una persona a través de su imagen afecta al valor moral de las mismas, pero podría recaer en los ámbitos de la burla o ridiculización del retratado,³⁹² tal como se adelantó en el caso *Jackeline Kennedy Onassis vs. Christian Dior*. La imagen de una persona se protege en un sentido físico y en un orden síquico o emocional, de ahí que a la imagen personal se vincule estrechamente con el derecho al honor. Por otra parte si se considera a la imagen como parte del derecho al honor, una vulneración a éste dependerá estrechamente de una ofensa en contra de una persona, como con la publicación no consentida de retratos debe sumarse una afectación a su esfera síquica. Sin embargo, puede surgir la situación en la que la publicación inconsentida de imágenes no genere una afectación directa a la persona, de ahí que debiera entenderse como dos derechos independientes que podrían encontrar una vinculación.³⁹³

La imagen como parte de la intimidad consiste una exteriorización de la persona y es ésta quien decide exponerse a terceros revelando el valor intrínseco de sí mismo.³⁹⁴ Como medio de control del valor intrínseco de la persona, por tanto, cada uno goza de

³⁹¹ Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. José María Bosch Editor S.A. España: 1994. Pág.19

³⁹² *Ibíd.* Pág.24

³⁹³ *Ibíd.* Pág.25

³⁹⁴ *Ibíd.* Pág.29

atributos, facultades y libertades. El interés que busca proteger la imagen es la de la intención de guardar para que no se divulgue³⁹⁵, o asimismo, que la persona reserve el control de su reproducción para sí mismo. La intimidad en su concepto se ha reconocido como el conjunto de circunstancias que un individuo se reserva para sí mismo permitiendo o no la injerencia de terceros dentro de su esfera íntima (concepto desarrollado en el Capítulo I). Sin embargo, si una persona pone en conocimiento de terceros su retrato y éste es reproducido indiscriminadamente no se puede hablar de una violación única al derecho a la intimidad, de ahí que resulta imperante el entendimiento de la imagen como un derecho autónomo.

Sin embargo, la imagen como representación o capturada con la intención de ser una obra de arte, puede ser entendida dentro del marco de derechos de autor y gozar del derecho de explotación patrimonial de la obra. En la página Facebook.com los términos y condiciones de uso disponen que el usuario es propietario de todo el contenido e información que publica en la plataforma, asimismo es el usuario el encargado de controlar las configuraciones de privacidad, adicionalmente señala que las imágenes y vídeos de los usuarios constituyen contenido de propiedad intelectual:

1.For content that is covered by intellectual property rights, like photos and videos (IP content), you specifically give us the following permission, subject to your privacy and application settings: you grant us a non-exclusive, transferable, sub-licensable, royalty-free, worldwide license to use any IP content that you post on or in connection with Facebook (IP License). This IP License ends when you delete your IP content or your account unless your content has been shared with others, and they have not deleted it.

Es decir que el proveedor da el carácter de obras originales a cada una de las imágenes que se cuelga en la plataforma, de ahí que se conceda una licencia de uso y de explotación de las imágenes a favor del proveedor. En la que el uso de la imagen se entiende la copia, disposición pública, distribución, modificación, traducción y la creación de obras derivadas de las mismas.³⁹⁶ Es decir, incluye modalidades de explotación de obras, como si mediara un contrato de concesión de derechos patrimoniales o de explotación. Sin embargo, no se puede decir que las imágenes de los usuarios han sido concebidas como

³⁹⁵ *Ibíd.* Pág.30

³⁹⁶ Facebook. <http://www.facebook.com/legal/terms?ref=pf>

obras de arte por quienes las han capturado, sino que la intención real de los usuarios es utilizar éstas como mecanismos de identificación personal. Por lo que la voluntad de los usuarios se desprende de la idea de una explotación de obras originales, y entra dentro del marco del tratamiento de la imagen como dato personal. De ahí que sostengo que existe una licencia de uso de datos personales. Esta licencia permite la transferencia de imágenes a terceros, así como la distribución de las mismas, es decir que los datos personales de los usuarios son utilizados en beneficio del proveedor.

Vicente Herce propone el tratamiento del derecho a la imagen como un derecho autónomo subjetivo, adquirido, absoluto, personalísimo con un contenido potencialmente patrimonial, inalienable, irrenunciable, inexpropiable e imprescriptible e intransmisible.³⁹⁷ Herce describe a la imagen como un derecho adquirido ya que éste derecho existirá en el momento en que se realice la reproducción de su figura, es por esto que el derecho a la imagen no se puede considerar como un derecho innato a los individuos. Es absoluto dado que comprende la capacidad de las personas de oponerse a la publicación o reproducción del retrato y la facultad de realizar actos positivos sobre su propia imagen, potestad exclusiva de reproducirla, exponer o comerciar sobre la misma.³⁹⁸ Herce señala que es personalísimo al ser un derecho de la personalidad y su potencial patrimonialidad recae sobre los derechos sobre bienes inmateriales; es decir que siempre va ligado a un derecho personal pero tiene una potencia patrimonial es por esto que se pueden atribuir derechos reales, como el caso de figuras públicas o de farándula.³⁹⁹ Asimismo, el derecho a la imagen personal goza de las características propias a todos los derechos de la personalidad.

Vicente Herce cita a Oliveros Lapuerta quien señala que “La imagen de una persona constituye una realidad autónoma y susceptible por sí misma de una protección jurídica”⁴⁰⁰, y atribuye a Ihering una definición acertadísima de la imagen concebido como un derecho subjetivo que tutela “un interés jurídico digno de protección”⁴⁰¹. Las imágenes de las

³⁹⁷ Óp. Cit. Herce de la Prada, Vicente. Pág.31

³⁹⁸ *Ibíd.* Pág.34

³⁹⁹ *Ibíd.* Pág.35

⁴⁰⁰ *Ibíd.* Pág.26

⁴⁰¹ *Ibíd.*

personas es sin duda un bien que debe ser protegido como parte de la personalidad de los individuos, sin embargo su estrecha vinculación con el honor y la intimidad pone en duda sobre dentro de qué derecho debe entenderse el derecho a la imagen. Es por esto que las imágenes deben estudiarse como un concepto autónomo e independiente. Las imágenes dentro de las redes sociales se utilizan como elementos de identificación personal, ya sea si hacemos referencia a fotografías utilizadas en el perfil de los usuarios o si hablamos de imágenes que evidencian los quehaceres comunes de las personas. La imagen es lo más cercano a la identificación personal de cada uno, de ahí que en los documentos de identidad como pasaportes o en tarjetas de crédito aparezca la fotografía del titular.

La imagen de una persona transmite a quienes la miran una serie de elementos que permite identificar a quien está siendo retratado no sólo físicamente, sino también nos permite tener conocimiento de su identidad cultural, social o económica. La imagen de una persona, además, nos podría inducir a conocer más sobre su comportamiento. Los retratos fotografiados permiten una asociación directa a una persona específica, convirtiéndola en una persona “identificable”. Si volvemos sobre el concepto de dato personal analizado en el primer capítulo de este trabajo, tomando en cuenta los conceptos europeos utilizados en la Directiva 95/46/EC que define a los datos personales como aquellos que permiten la generación de información sobre una persona física identificada o identificable, siendo ésta toda persona cuya identidad pueda determinarse directamente mediante “[...] uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social;”⁴⁰². Las imágenes o retratos de las personas son elementos que permiten la identificación más certera de los individuos, y los datos personales pueden ser elementos específicos que permita una identidad física. Es por esto que considero que a la imagen o retrato se deba considerar como un dato de carácter personal que permite la identificación personal de los individuos y puede ser comerciable en el mercado.

Los usuarios registran imágenes en las redes sociales desde el momento de la creación del perfil como medio de identificación personal. Conforme se ejecuta el servicio los usuarios utilizan las imágenes como memoria digital y como mecanismo para compartir

⁴⁰² Óp. Cit. Parlamento Europeo. Directiva 95/46. Artículo 2.

a su círculo de amigos las actividades habituales o de su “quehacer”. De manera contraria, el tratamiento que se da dentro del contrato, es que el usuario se obliga a conceder licencias de explotación y uso como si las imágenes fueran obras de la creación de los usuarios. El uso de las redes sociales digitales permite que elementos propios de los usuarios, que permite individualizar a una persona, como la identidad física, fisiológica, cultural y social pueda ser representado a través de imágenes, convirtiéndose éstas en datos personales, cuyo tratamiento debe ser restringido y no desproporcionado en beneficio de los proveedores.

2.2.3. Conservación de datos personales finalizado el servicio

En la red social de MySpace los términos de uso determinan el tratamiento de la información personal recopilada por la plataforma una vez finalizado el servicio o cuando el usuario elimine voluntariamente la información. La cláusula establece: “Después de que elimine su Contenido de los Servicios Myspace dejaremos de distribuirlos tan pronto como sea posible; la licencia expirará en el momento en que cese la distribución.”⁴⁰³ De manera que, la voluntad del usuario de eliminar la información, en ejercicio de sus derechos personales, se encuentra limitada por el uso que le da la plataforma a la información. Por ejemplo, si MySpace distribuye a los sitios vinculados sobre la tendencia religiosa de algún usuario, y éste decide eliminarla, la licencia de uso sobre la información a favor de MySpace sigue vigente hasta que cese la distribución de la información efectuada por el operador. Asimismo, el servidor no garantiza la eliminación inmediata de la información sino que “dejarán de distribuirlos tan pronto como sea posible”, sin embargo no garantiza la eliminación de la misma, sino sólo su distribución.

Es importante señalar que MySpace ratifica que la operadora dentro de las condiciones del contrato, en la que el usuario acepta que MySpace y sus servidores conexos no tienen la obligación de eliminar la información, es decir que la retienen. Esta facultad de retener y utilizar la información aun cuando la voluntad del usuario es eliminarla, es

⁴⁰³ MySpace. <http://www.myspace.com/help/terms>

evidente que se produce un abuso a los derechos de privacidad, intimidad y protección de datos personales. La cláusula en mención dispone:

Sin perjuicio de lo anterior, usted comprende y acepta que una vez que el Contenido ha sido distribuido a los Servicios vinculados o incorporado en otros aspectos de los Servicios Myspace, Myspace no tiene obligación de eliminar ni de solicitar a otros Usuarios o Servicios Vinculados que eliminen el Contenido y, por lo tanto, puede seguir apareciendo y utilizarse indefinidamente.⁴⁰⁴

Frente a esto, es pertinente volver sobre el concepto de Contenido que le da el contrato, siendo éste aquella información de identificación personal y la información no personal, es decir nombre, apellido, email, teléfono, gustos , hábitos, preferencias, imágenes, ideología,⁴⁰⁵ etc. Como consecuencia, la red social se encuentra legitimada para conservar y almacenar la misma, asimismo terceras partes a quien la plataforma hay distribuido con anterioridad.

En el caso de Facebook, los términos y condiciones señalan que el usuario es el propietario de todo el contenido e información que publica en la plataforma, y asimismo puede configurar los niveles de privacidad. Sin embargo, para el uso de imágenes y vídeos, el usuario concede a Facebook una licencia de Propiedad Intelectual que otorga permiso para transferir, sub-otorgar y utilizar cualquier contenido publicado. La licencia de propiedad intelectual otorgada a favor de Facebook finaliza cuando el usuario elimina la información con la excepción de: “salvo si el contenido se ha compartido con terceros y éstos no lo han eliminado.” Es decir que distribuida la información, el usuario pierde el control sobre la información y terceras personas pueden mantener en su propiedad la misma. Asimismo, en los términos y condiciones aclara que:

Cuando eliminas contenido de PI, éste es borrado de forma similar a cuando vacías la papelera o papelera de reciclaje de tu computador. No obstante, entiendes que es posible que el contenido eliminado permanezca en copias de seguridad durante un plazo de tiempo razonable (si bien no estará disponible para terceros).⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ MySpace. <http://www.myspace.com/help/terms>

⁴⁰⁵ MySpace. <http://www.myspace.com/help/terms>

⁴⁰⁶ Facebook. <http://www.facebook.com/legal/terms?ref=pf>

De esto se desprende que, cuando la voluntad del usuario es la de eliminar la información en poder de la plataforma, ésta no es eliminada sino que se puede mantener en copias, es decir en almacenamiento. Frente a esto es importante recalcar que el almacenamiento de datos en contra de la voluntad del titular resulta una vulneración a los derechos a la intimidad, privacidad y protección de datos personales.

2.3. Formación de la voluntad de la parte adherente como requisito *sine qua non* para la formación del consentimiento.

La actividad contractual presupone un *íter* o el camino formativo del contrato que permite la exigibilidad del mismo y su validez. El proceso formativo del contrato puede constituirse por supuestos autónomos que nacen en la etapa precontractual y su finalidad es la de efectuarse la formación del contrato definitivo que obligará a las partes en cada una de sus estipulaciones.⁴⁰⁷ Es necesario aclarar que si uno de los elementos de la formación del consentimiento se manifiesta en plataforma electrónica (oferta) pero no hubo aceptación electrónica, este no constituye un contrato electrónico ya que éste presupone *la formación del consentimiento* y el nacimiento del vínculo contractual.⁴⁰⁸

La contratación electrónica supone un diálogo informático, lo que plantea el problema de que el acuerdo de voluntades no puede efectuarse de manera automática entre presentes sino que se realiza entre ausentes. Los avances técnicos y el desarrollo del comercio han venido incorporando a la contratación la utilización de medios electrónicos y de otras vías de comunicación como vehículos de la oferta y la aceptación.⁴⁰⁹

Efectuado el proceso de formación del consentimiento en los contratos electrónicos nacen las obligaciones para las partes. La oferta configurada como una declaración o propuesta unilateral que una de las partes dirige a otra con el fin de celebrar un contrato, la oferta existe únicamente cuando sólo resta la aceptación de la otra parte para que se forme el contrato, de lo contrario sería una mera proposición.⁴¹⁰ La oferta debe estar exteriorizada ya sea de forma escrita, verbal o por signos inequívocos (hechos que expresen su voluntad

⁴⁰⁷ Óp. Cit. Martorell, Ernesto Eduardo (Director). Pág.84

⁴⁰⁸ Óp. Cit. Rincón Cárdenas. Pág.89

⁴⁰⁹ Óp. Cit. Llanaez Pág. 310

⁴¹⁰ Óp. Cit. Martorell, Ernesto Eduardo (Director). Pág.85

real).⁴¹¹ Por otra parte, la aceptación es “la manifestación del asentimiento del destinatario a los términos en los que ha sido formulada”⁴¹². Tanto la oferta como la aceptación tienen una valoración jurídica similar y ambas encuentran efectos jurídicos: conduce a la formación del consentimiento y al perfeccionamiento del contrato.⁴¹³

Como se anticipó el consentimiento es el elemento que conduce al perfeccionamiento del contrato, de manera que no se puede concebir como un elemento que se constituye *per se*. El consentimiento requiere de un procedimiento para su nacimiento. El proceso de formación de un contrato inicia en el momento en que un individuo tiene el ánimo de entrar en una relación jurídica con otra persona u otros que le han propuesto celebrar. Cuando la proposición u oferta es aceptada por el destinatario, se entiende la concurrencia de voluntades, la del oferente y aceptante, por lo que se forma el consentimiento “las dos personas consienten, es decir conjuntamente, hacen propia y recíproca entre ellos la propuesta planteada originalmente por el oferente.”⁴¹⁴ Sergio Azúa en su obra cita a Luis Muñoz quien define acertadamente el concepto de consentimiento como la “integración de voluntades de las partes complementarias y de diverso contenido, y cuyas declaraciones o manifestaciones se implican mutuamente, por lo que la una sin la otra carecen jurídicamente de valor.”⁴¹⁵ Por lo que, la aceptación a los términos y condiciones generales propuestos por el operador web en redes sociales perfecciona un contrato de adhesión. Esto porque, la emisión de la voluntad del proveedor del servicio manifestada en los términos y condiciones de uso sin la aceptación de un usuario particular no tiene valor jurídico. El contenido de las cláusulas predispuestas por el proveedor adquiere valor en el momento en que el usuario realiza el acto de aceptación a fin de vincularse a los términos, es decir adhiriéndose al contrato predispuesto.

Con respecto a los contratos de adhesión, Stiglitz señala que la aceptación del adherente a las condiciones predispuestas unilateralmente, no comporta necesariamente el

⁴¹¹ *Ibíd.* Pág.90

⁴¹² *Ibíd.* Pág.93

⁴¹³ *Ibíd.* Pág.93

⁴¹⁴ Azúa Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Porrúa. México:1997. Pág.62

⁴¹⁵ *Ibíd.*

perfeccionamiento del contrato, ya que la aceptación por parte del predisponente o empresario a proveer del servicio es lo que concluye en el perfeccionamiento del mismo.⁴¹⁶ Sin embargo, cabe recalcar que el autor hace referencia a contratos de seguros en los que el asegurador podría negar el servicio final analizando la frecuencia siniestral del asegurado. Frente a esto cabe analizar qué riesgos comporta para los servidores de redes sociales digitales la aceptación de las condiciones predispuestas a fin de aplicar el concepto que plantea Stiglitz. El operador de redes sociales digitales pone a disposición de los usuarios los términos y condiciones que regulan la relación jurídica entre las partes, sin embargo, la diferencia es que este servicio no comporta ningún riesgo para el operador sino algunas variables de ingresos. De manera que el operador no analiza usuario por usuario a fin de ver si le conviene su inserción en el servicio, de manera contraria, a los operadores web les conviene un mayor número de usuarios a fin de aumentar bases de datos y mayor porcentaje de análisis para segmentar mercados. De manera que el contrato se perfecciona con la sola aceptación del usuario, no con la del predisponente como podría darse en el contrato de seguro.

Entendido el consentimiento como la integridad de voluntades, cabe analizar sus elementos a fin de entender la importancia de la formación de la voluntad, tanto del oferente como del aceptante, a fin de perfeccionarse el contrato con su concurrencia. La oferta se entiende como una declaración unilateral de voluntad, que se puede hacer a una persona presente o ausente, la misma que puede ser determinada o indeterminada⁴¹⁷. Esta declaración de voluntad se entiende como un acto jurídico, en el que la propia voluntad constituye la sustancia del mismo, que de no existir se reduce a la existencia de un hecho natural o físico, que bien podría generar efectos jurídicos como el nacimiento o el testamento.⁴¹⁸ Muchas veces la sola emisión de una voluntad puede ser fuente de obligaciones sin que se requiera en el momento de su manifestación, la aceptación de la otra parte dentro de la relación contractual. La voluntad unilateral puede ser fuente de

⁴¹⁶ Óp. Cit. Stiglitz, Rubén S. Pág.33

⁴¹⁷ Óp. Cit. Azúa Reyes, Sergio T. Pág.63

⁴¹⁸ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá: 2005.Pág.28

obligaciones con el fin de asegurar el tráfico jurídico o dar seguridad a la sociedad a través de una fórmula de promesa para obligarse.⁴¹⁹ Tales como en el ámbito comercial las cartas de crédito o los actos cambiarios, y en ámbito civil la oferta de recompensa o la oferta al público.⁴²⁰

La voluntad de los contratantes debe manifestarse ya que, en palabras de Ospina: “al derecho solamente le interesan las actuaciones de aquellos que trascienden su fuero interno y repercuten en la vida social”⁴²¹. De manera que la exteriorización de la voluntad resulta indispensable, además deben ser actos que resulten claros e inteligibles.⁴²² Estos elementos que evidencian la voluntad de los actores en la formación de la misma no excluye la libertad de la que gozan los contratantes para manifestarse a su arbitrio. Es decir que se reconoce que la manifestación pueda ser escrita u oral, además de la conveniencia de emplear signos o hechos que “[...] de acuerdo a la ley o a los usos comunes, traduzcan inequívocamente la voluntad de actuar; [...]”⁴²³. La voluntad que manifiesta el oferente debe ser receptiva, es decir que debe estar encaminada a producir efectos jurídicos; de manera que la simple declaración de un deseo no constituye un acto jurídico. Asimismo es necesario que la declaración del oferente se encuentre dispuesta de tal manera que el aceptante tenga claras las condiciones y que se manifieste el ánimo de comprometerse a tal oferta, así el aceptante está en posibilidad de “agarrar la palabra”⁴²⁴. De tal manera que el contrato depende de la formación real de la voluntad de las partes, “[...] tanto oferta como aceptación deben ser manifestaciones de voluntad serias y hechas con intención de cumplir las obligaciones que de ella emanan.”⁴²⁵ Así, la intención real de las partes debe ser la de dar nacimiento a una obligación, es decir que la voluntad de las mismas sea la de producir efectos jurídicos.⁴²⁶

⁴¹⁹ Óp. Cir. Spota, Alberto G. Pág.145

⁴²⁰ Ibíd. Pág. 147

⁴²¹ Óp. Cit. Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta.Pág.28

⁴²² Ibíd. Pág.29

⁴²³ Ibíd.

⁴²⁴ Óp. Cit. Azúa Reyes, Sergio T. Pág.63

⁴²⁵ Ibíd. Pág.65

⁴²⁶ Óp. Cit. Abelikv Manasevich, René. Pág. 54

No resulta en absoluto evidente que pulsar un icono o navegar por un sitio web constituya una manifestación de voluntad de aceptar los términos y condiciones de un contrato. Es por esto que, en lo que respecta a la formación de la voluntad del usuario, la primera importancia es que éste tenga conocimiento previo de qué actos constituyen la manifestación de su voluntad para formar parte de una relación contractual.⁴²⁷ Como por ejemplo el cliqueo, la modalidad *click wrap* pueden ser de diversos tipos en cuanto a su contenido, pero lo representativo de este tipo de contrato es que requiere que el adquiriente de un bien o el usuario manifieste su voluntad a través del *click* en una ventana. Así, el contrato se perfecciona cuando el usuario ha declarado haber leído y aceptado los términos y condiciones de uso, consintiendo así para la formación del contrato.⁴²⁸ Esta modalidad es cada vez más utilizada, así la presentación del botón “acepto” se encuentra una vez que se ha terminado la lectura de los términos contractuales.⁴²⁹

Por otra parte, la modalidad “*browsewrap*” no ofrece la opción de un *click* o de una exteriorización de la voluntad, sino que se configura cuando dentro de una página web aparece un hipervínculo que indica la sujeción del usuario a los términos y condiciones de uso del *website*. De esta manera, se presume que quienes utilizan el sitio web o se han descargado el software disponible aceptan las cláusulas contractuales.

A fin de esclarecer esta modalidad contractual pertinente analizar el contrato de licencias de software que se desprende en el caso de *Specht v. Netscape Communications Corp.* Netscape es una empresa dedicada a ofrecer servicios a través de una página web en el que los usuarios pueden hacer descargas de programas de software, como Communicator y SmartDownload, libre de pagos.⁴³⁰ Una vez que los usuarios inician la descarga del software de Communicator, automáticamente se despliega un texto que contiene el acuerdo de licencia, el mismo que debe ser aceptado a fin de poder completar la instalación del

⁴²⁷ De la Maza Gazmuri, Iñigo. *Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno*. 2005. Fecha de acceso: 14 de septiembre de 2011 <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol2-3/contratos.pdf> Pág. 295

⁴²⁸ Óp. Cit. Martorell, Ernesto Eduardo (Director). Pág.125

⁴²⁹ *Ibíd.* Pág.125

⁴³⁰ Óp. Cit. Radin, Margaret Jane y otros. Pág.823

programa en el ordenador⁴³¹. Mientras que en referencia al software de SmartDownload, en la página web de Netscape existía un hipervínculo bajo el título de “*License and Support Agreements*” el mismo que señalaba:

The use of each Netscape software product is governed by a license agreement. You must read and agree to the license agreement terms BEFORE acquiring a product. Please click on the appropriate link below to review the current license agreement for the product of interest to you before acquisition. For products available for download, you must read and agree to the license agreement terms BEFORE you install the software. If you do not agree to the license terms, do not download, install or use the software.⁴³²

Al hacer *click* en el hipervínculo al que hacía referencia Netscape, el usuario era llevado a otra página web en la que estaban contenidos el texto completo del acuerdo de licencia⁴³³. El acuerdo de esta licencia contenía los términos del software SmartDownload que no se especificaba en lo absoluto antes de iniciar la descarga⁴³⁴. De manera que al descargar el software de SmartDownload, los usuarios no eran requeridos para aceptar los “términos de uso” sino que eran invitados directamente a realizar la descarga gratuita. Los términos de uso de este software se encontraban contenidos en un hipervínculo al que el usuario podía o no acceder, sin embargo por el solo acto de descargar el software, el usuario se entiende vinculado al contrato, a esta modalidad se le ha denominado “*browsewrap agreements*”⁴³⁵.

Si el usuario entraba en el hipervínculo conteniendo el acuerdo de licencia se hubiera desplegado el siguiente texto:

By clicking the acceptance button or installing or using the Netscape Communicator, Netscape Navigator, or Netscape SmartDownload software (the

⁴³¹ *Ibíd.*

⁴³² *Ibíd.* Pág.825. El uso de cada producto de software de Netscape se encuentra gobernado por un acuerdo de licencia. Debes leer y aceptar los términos contenidos en la licencia ANTES de adquirir el producto. Por favor realiza un click en el hipervínculo correspondiente ubicado en la parte inferior para revisar el acuerdo de la licencia sobre el producto de tu interés antes de la adquisición. Para productos disponibles de descarga, debes leer y aceptar los términos de la licencia ANTES de instalar el software. Si no aceptas a los términos de la licencia, no debes descargar, instalar usar el software.

⁴³³ *Ibíd.*

⁴³⁴ *Ibíd.* Pág.824

⁴³⁵ *Ibíd.*

product), the individual or entity licensing the product (“licensee”) is consenting to be bound by and is becoming a party to this agreement.⁴³⁶

De tal manera que, el usuario queda obligado por el contrato no por el hecho de realizar un acto positivo como dar un *click*, sino que por el hecho de utilizar o descargar el software queda sujeto a los términos del acuerdo de licencia que se encuentran adjuntos a través de un hipervínculo expuesto en la página web principal de Netscape. La Corte concluyó que la existencia de la licencia de uso ubicado en el texto desplegable constituye un efectivo “conocimiento” de los términos contractuales, que como consecuencia obliga a las partes intervinientes.⁴³⁷

Lo mismo sucede en redes sociales como Facebook, en la que una vez registrados los datos personales para iniciar con el servicio, al presionar “Registrar”, el usuario es llevado a una página en la que el servidor da la bienvenida al usuario, y en la parte inferior de la pantalla existe un hipervínculo denominado “Términos y condiciones de uso”, en el que no es necesario aceptar para iniciar el uso del servicio. Posteriormente, una notificación es recibida al email asociado al usuario en el que se confirma la creación de la cuenta: “Tu cuenta ha sido creada”. Esta modalidad contractual se enmarca dentro del concepto de “*browsewrap agreement*”, ya que por el simple uso del programa los usuarios quedan obligados a un contrato, se podría decir que el “uso del servicio envuelve al usuario en el contrato”.

Por ejemplo en la red social Facebook.com se utiliza la modalidad *browsewrap* al establecer en sus condiciones y términos de uso. Como se señala en los términos, la manifestación de la voluntad de los usuarios se reduce al uso del sitio web y presupone la adhesión a los términos predispuestos por el operador:

“This Statement of Rights and Responsibilities (Statement) derives from the Facebook Principles, and governs our relationship with users and others who interact with Facebook. By using or accessing Facebook, you agree to this Statement”.⁴³⁸

⁴³⁶ *Ibíd.* Pág.825

⁴³⁷ *Ibíd.* Pág.827

⁴³⁸ Facebook.com. *Statement of Rights and Responsibilities*. <http://www.facebook.com/legal/terms?ref=pf>

Esta modalidad es lo más cercano a los criterios que se han elaborado respecto a los contratos de adhesión a cláusulas predispuestas.⁴³⁹ Estas cláusulas predispuestas muchas veces contiene disposiciones relativas a la información personal considerado como un bien en el mercado, como es el caso de las redes sociales digitales, frente a esto se han hecho algunas críticas. Concebidos los datos personales como bienes en el mercado se ha perdido la noción clásica de la contratación consensual, con poderes negociadores y acuerdos individualizados en las que los usuarios o consumidores consentían. La contratación en línea sobre divulgación de información personal, generalmente consisten en contratos abrumadores, estandarizados y no negociables.⁴⁴⁰ El resultado de esta práctica es la minimización de la formación del consentimiento. Muchas veces el predisponente, es decir el proveedor del servicio “disfraza” los términos contractuales con la intención de disminuir los costos que representa para si mismo la lectura, entendimiento y la renegociación del contrato. Se presenta al usuario como un contrato de adhesión en cualquiera de sus modalidades, “such as click-through or shrink-wrap 'agreements.' In either situation, the idea that the consumer has consented in any real sense is largely fiction.”⁴⁴¹

El consentimiento como la expresión de voluntades, debe ser la manifestación de la voluntad real, acto jurídico que puede ser mayormente cuestionado a raíz de los nuevos sistemas modernos de aceptación. El acto volitivo debe haber sido ejecutado con el suficiente discernimiento, intención de obligarse y con la libertad debida, de tal manera que la volición interna ha de manifestarse o salir del fuero interno del contratante de manera seria, real y su finalidad única debe ser la de producir efectos jurídicos.⁴⁴² La exteriorización de la voluntad supone inequívocamente la declaración de la misma, entonces la declaración y la voluntad deben ser coincidentes a fin de configurarse un todo

⁴³⁹ Óp. Cit. Martorell, Ernesto Eduardo (Director). Pág.125

⁴⁴⁰ Óp. Cit. Holland, H. Brian. Pág.298: A second critique of the market in personal information posits that online contracting generally, and contracts for the disclosure of personal information specifically, are overwhelmingly standardized and nonnegotiable. Consumers must either accept the terms as dictated by the provider or go elsewhere.

⁴⁴¹ *Ibíd.*

⁴⁴² Óp. Cit. Martorell, Ernesto Eduardo (Director). Pág.130

que generará efectos jurídicos, de existir divergencias entre ambas podría recaer bajo el precepto de los vicios de la formación del consentimiento.⁴⁴³

La teoría clásica ha sido la de entender que el consentimiento se ha formado desde el momento que se configura la aceptación de la oferta. En la modalidad de los contratos entre ausentes (*inter absentes*), aplicadas a la contratación electrónica, existen cuatro teorías que se considera formado el consentimiento: 1) Teoría de la declaración, manifestación o agnición: según esta teoría el consentimiento se forma en el momento y lugar en que se exterioriza la voluntad del aceptante, es decir que el sujeto manifiesta la aceptación en conformidad a la oferta.⁴⁴⁴ Es en ese momento, cuando el destinatario asiente la formulación primaria en que coexisten las dos voluntades.⁴⁴⁵ 2) Teoría de la información, conocimiento o cognición: Según esta teoría, el consentimiento se forma cuando la parte oferente tiene efectivo conocimiento de la aceptación.⁴⁴⁶ 3) Teoría de la expedición o comunicación: Según esta teoría el contrato se forma cuando el aceptante envía su aceptación al oferente, es decir cuando “el aceptante “se desprende” de la exteriorización de su voluntad con destino al oferente”⁴⁴⁷ (doctrina aceptada en la legislación argentina); y 4) Teoría de la recepción: Este teoría señala que el consentimiento se forma cuando la aceptación llega a la esfera de control del oferente sin importar si el oferente tiene conocimiento de la misma.⁴⁴⁸ Es decir, cuando la exteriorización de la voluntad del aceptante llega a su destino.⁴⁴⁹ En el caso de los contratos *clickwrap* o *browsewrap* se podría decir que se recoge la teoría de la declaración, ya que basta la manifestación de la voluntad para que se forme el contrato.

Por otra parte, es necesario volver a la forma en como se manifiesta la voluntad de los proveedores de servicios *online*. La oferta se realiza a través de la publicidad del servicio o a través de la página web ofreciendo la suscripción al servicio, sin que exista una

⁴⁴³ *Ibíd.* Pág.132

⁴⁴⁴ *Óp. Cit.* Hocsman, Heriberto. Simón. Pág. 93

⁴⁴⁵ *Ibíd.* Pág.97

⁴⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 93

⁴⁴⁷ *Ibíd.* Pág.97

⁴⁴⁸ *Óp. Cit.* Hocsman, Heriberto. Simón. Pág. 93

⁴⁴⁹ *Óp. Cit.* Martorell, Ernesto Eduardo (Director). Pág.98

persona detrás que oferte directamente el mismo. Los sistemas expertos son sistemas que se califican como técnicamente capaces y con experiencia lógica que organizan el entorno social, que ofrecen los servicios de manera constante a los usuarios. La organización de la economía global se configura a través de sistemas expertos, así el comportamiento tanto de los comerciantes como de los consumidores o usuarios han cambiado sustancialmente, apartándose de los modelos de elección tradicionales.⁴⁵⁰ Las partes contratantes basan sus procesos de elección en la confianza que depositan en la comunidad general, dicha confianza se proyecta al mundo virtual. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que las distancias y todas las actuaciones *online* realizadas desde el anonimato generan incertidumbre, de ahí la necesidad de tener un marco institucional fuerte. De esta premisa nace el derecho del consumidor o usuario a que los contratos se cumplan “conforme la expectativa-confianza creada”.⁴⁵¹

Dicha confianza y expectativa se crea en la oferta del servicio, de ahí que resulta imperante que el proveedor indique con claridad, sin extensiones ni “disfraces” las condiciones de uso del servicio. Resulta aún más importante que el usuario tenga conocimiento del uso de su información cuando se trata de contratos de contenido predispuestos, ya que el contrato carece de una etapa precontractual de discusión entre las partes, sino que se adherirá a la autorregulación de las condiciones. Es por esto que puede concluirse que el usuario no tiene una facultad plena de control sobre su propia información, por esto se debe establecer estándares internacionales dentro de la contratación para que no reporte un desequilibrio desmesurado en perjuicio del usuario. De manera que se debe incentivar a que exista un conocimiento real de la voluntad de las partes, que sea una decisión que se exterioriza del fuero interno del usuario con la convicción de adherirse a ciertas obligaciones contractuales. Con la creación de sistemas expertos y con las distancias que median entre los usuarios y los proveedores del servicio, la modalidad *browsewrap* no se reduce a una manifestación real de las personas para obligarse. De ahí que es imperante que dentro de la contratación electrónica, a fin de

⁴⁵⁰ *Ibíd.* Pág.101

⁴⁵¹ *Ibíd.* Pág.103

garantizar una exteriorización real de voluntad, el estándar se mantenga con la realización de un *click*, de lo contrario es dudosa la formación del consentimiento.

2.4. Ausencia de deber de consulta previa al titular de los datos cada vez que el proveedor vaya a comercializar información del usuario a través de una cláusula especial que se adhiere de manera superviniente al contrato.

Además de las cláusulas abusivas encontradas, así como los problemas para la formación del consentimiento y la deficiente formación de voluntad, también existen otras dificultades como la ausencia de deberes accesorios a la contratación como es la consulta previa al titular de los datos que entran a formar parte de los activos de la plataforma. En el contexto de las transacciones en línea y en lo concerniente a la privacidad, el sujeto o titular de los datos puede tener información incompleta de cómo se tratará a su información. En primer lugar, aún cuando los datos se involucren directamente en la transacción, el sujeto puede no estar consciente de la naturaleza y de la existencia de la invasión a la privacidad. La situación es más complicada cuando terceras partes proveen información personal de la persona a recolectores de información que no son parte de una relación comercial. Asimismo, los titulares que están dentro de una transacción pueden no tener conocimiento de los riesgos asociados a la divulgación de información y la probabilidad de daños así como de los beneficios que trae la protección de la privacidad individual. La información asimétrica es parte de una información incompleta ofrecida al usuario que afecta directamente al hecho material de los procesos de toma de decisiones. Por ejemplo, cómo será utilizada la información recolectada por el recolector, situación que conoce únicamente una de las partes. La empresa recolectora de información personal conoce mejor el uso de la información personal de terceros que el mismo titular, de ahí que el recolector de información es capaz de internalizar los beneficios y de externalizar los costos.

Con relación a la capacidad de los usuarios para tomar decisiones se ha planteado el concepto de "*bounded rationality*" que se refiere a la incapacidad de adquirir, memorizar y procesar información relevante para el proceso de toma de decisiones en el mercado. Holland en su ensayo cita a Acquisti quien ofrece el concepto como:

In [the privacy] context, bounded rationality refers to the inability to calculate and compare the magnitudes of payoffs associated with various strategies the individual may choose in privacy-sensitive situations. It also refers to the inability to process all the stochastic [(non-determinative)] information related to risks and probabilities of events leading to privacy costs and benefits.⁴⁵²

Algunos analistas económicos del comportamiento señalan que el concepto de la racionalidad restrictiva crea una distorsión en el mercado de la información personal ya que el agente debe gozar de una racionalidad y de una libertad informática para procesar toda la información que se encuentra en su poder y de ahí tomar decisiones. Así, aun las personas que temen por su privacidad no toman decisiones basadas en los riesgos relacionados al tratamiento de sus datos porque no tienen la capacidad de procesar semejante cantidad de información. Por el contrario, las personas siguen procesos mentales simplificados como la intuición o el sentido común.⁴⁵³

El concepto de “*bounded rationality*” puede interpretarse de manera comparativa con la “ignorancia legítima” que ha planteado la doctrina argentina, quienes han manifestado que quienes gozan de poder para recopilar los datos son quienes, a través de los términos y condiciones de uso de los sitios web y a través de políticas de privacidad, legitiman la obtención de información. De ahí que la relación entre los proveedores y los usuarios se fundamenta en un contrato de adhesión a condiciones generales. Esto permite la observación que los contratos informáticos, si es que presentaren alguna duda en cuanto a su interpretación, debe hacerse en sentido favorable para el usuario. Lo que obliga a que el proveedor del servicio debe utilizar conceptos claros, ya que sobre él recae la obligación de dar información al usuario.⁴⁵⁴ En Argentina el pronunciamiento ha sido que no se ha advertido sobre la dificultad técnica que sufre el usuario, y éste es parte de una “ignorancia legítima”, la misma que goza de una presunción. Es por esto que la ignorancia debe ser interpretada en favor del usuario, generándose una inversión de la carga de la prueba.⁴⁵⁵ Por otra parte, a la contratación electrónica o informática debe aplicarse el principio bajo que en

⁴⁵² Óp. Cit. Holland, H. Brian. Pág.297

⁴⁵³ *Ibíd.*

⁴⁵⁴ Molina Quiroga, Eduardo. “Contratos Informáticos”. Martorell, Ernesto Eduardo (Director) *Tratado de Derecho Comercial Tomo II: Contratos Comerciales Modernos*. Ediciones La Ley. Buenos Aires: 2010. Pág.741

⁴⁵⁵ *Ibíd.* Pág.741

los contratos de condiciones generales a las que una parte se adhiere sin posibilidad alguna de negociar, la interpretación debe hacerse en contra de quien las redactó.⁴⁵⁶

Ambos conceptos, “*bounded rationality*” y la “ignorancia legítima” se fundamentan en la asimetría informativa que se produce en la relación vendedor/consumidor o servidor/usuario, de manera que el usuario o consumidor no cuenta con la información ni capacidad de evaluación suficiente para tomar decisiones. La intención de las personas siempre es la de suplir una necesidad y de maximizar una utilidad específica de un bien o servicio minimizando los costos.⁴⁵⁷ Las decisiones de los usuarios se encuentran dentro de una esfera en la que se debe escoger entre los atributos del servicio, precios y los términos de compra. La decisión de usuarios o consumidores no es una tarea fácil ya que requiere una gran cantidad de esfuerzo en términos de tiempo y de atención mental.⁴⁵⁸ Es por esto que las personas se encuentran en la necesidad de realizar un análisis que puede ser basado en la elección al azar de los productos o servicios basados en la reducción del esfuerzo mental o en la elección basada en una ponderación de beneficios con un alto grado de esfuerzo.⁴⁵⁹ Las investigaciones que se han realizado en materia de toma de decisiones de los usuarios y consumidores demuestran que las decisiones dependen en gran medida del contexto determinado en la que se encuentra la persona, de ahí que no exista una presunción de comportamiento de un grupo de consumidores. Tampoco se puede definir que atributos resultarían satisfactorios para los consumidores y cuales serían no satisfactorios para los mismos.

Sin embargo las investigaciones han sido concordantes y han sentado una base que determina que los términos que contienen los contratos de condiciones generales predispuestas o “*stand form contracts*” son elementos no satisfactorios para los consumidores el momento de tomar decisiones.⁴⁶⁰ Resultan elementos no satisfactorios

⁴⁵⁶ *Ibíd.* Pág.743

⁴⁵⁷ *Óp. Cit.* Korobkin, Russell. Pág.1218

⁴⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 1222. “maximizing accuracy is no easy task: It requires expending a large amount of effort, in terms of both time and mental attention.”

⁴⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 1223.

⁴⁶⁰ *Ibíd.* Pág.1225 “Decision research does provide a basis, however, for predicting that terms found in form contracts frequently will be nonsalient to most buyers.”

debido a la complejidad para la selectividad del beneficio final, ya que mientras mayor cantidad de información aumenta la complejidad en la decisión y, asimismo, demanda un mayor esfuerzo cognitivo. El excesivo esfuerzo y las decisiones complejas que deben realizar los consumidores crea una tendencia a tomar decisiones más fáciles -basadas en procesos de elección simples- y menos estudiadas⁴⁶¹, de ahí que no se lea con atención y claridad los términos y condiciones de uso de *websites* como las redes sociales. Por otra parte, se ha estudiado cómo los atributos de un bien o servicio resultan llamativos a la atención voluntaria o involuntaria de los consumidores. Se ha concluido que los términos de uso predispuestos no capturan la atención limitada de los consumidores, siendo un atributo no satisfactorio para la toma de decisiones: “But the nature of form contract terms suggests that they often will not be the focus of voluntary attention or capable of capturing attention involuntarily”⁴⁶², de ahí que los términos de las condiciones generales siempre deban ser claras y amigables para los consumidores.

Los contratos predispuestos generalmente tienen la apariencia de contenidos largos que deben ser recorridos a lo largo de la pantalla de los usuarios. Estudios revelan que la existencia de ciertas cláusulas escondidas en el contrato generan un alto nivel de estrés en los usuarios, generalmente aquellas eximentes de responsabilidad o cláusulas arbitrales y de selección de foro.⁴⁶³ Sin embargo la práctica incluye estas cláusulas como “enterradas”, sobre las que el usuario no tiene consciencia plena, de ahí que la doctrina anglosajona sitúe las decisiones de los consumidores dentro de una racionalidad limitada o “*bounded rationality*” y la doctrina argentina haga alusión a una “ignorancia legítima”. Como parte de la letra muerta de un contrato, en específico de las redes sociales digitales se encuentra el uso de la información de carácter personal que se cede a favor de los operadores y la capacidad de licenciamiento que éstos tienen a favor de terceros beneficiarios, tal y como se mostró con el tratamiento indiscriminado de imágenes.

⁴⁶¹ *Ibíd.* Pág. 1226

⁴⁶² *Ibíd.* Pág. 1230

⁴⁶³ *Ibíd.* Pág. 1230

Adicionalmente, como parte del derecho a la protección de datos personales, una rama de su tutela es la del consentimiento previo del titular de los datos cuando éstos vayan a ser utilizados, recopilados, almacenados, distribuidos y reproducidos. Es de esta premisa que la carga de información de uso de datos personales se transfiera a los colectores de información, convirtiéndose en una obligación que nace como contrapartida del uso de la información. Si se permite el uso indiscriminado de los datos, así como su recopilación y tratamiento resultaría en el sacrificio del derecho a la protección de datos personales de su titular. Es por esto, como se analizó en el Capítulo II, que previo al tratamiento de datos personales exista el “consentimiento de forma inequívoca”⁴⁶⁴ del titular de los mismos. Entendiéndose el consentimiento inequívoco, estamos hablando de actos que de manera indiscutible recaigan en que la voluntad del titular es la de permitir el tratamiento de los mismos, más aún de actos que induzcan a que están de acuerdo con la transferencia de datos personales a favor de terceras partes beneficiarias. Tomando en cuenta la capacidad limitada del usuario para procesar información y la reducción del esfuerzo cognitivo para tomar decisiones, las cláusulas impuestas sobre la cesión de datos personales es parte de los términos “enterrados” en el contrato.

La propuesta que planteo es que dentro de los términos y condiciones de uso de las redes sociales no se incluya cláusulas sobre concesión de licencias de uso o de cesión de datos personales ya que es parte de la información excesiva para el usuario que disminuye la racionalidad para tomar decisiones respecto de su privacidad. El tratamiento indiscriminado de datos personales, como se ha analizado, puede resultar en la violación del derecho a la protección de datos personales, en la intimidad y privacidad de los usuarios. Por esto, a fin de hacer efectivo el consentimiento inequívoco del titular es importante que éste tenga un proceso cognitivo perfectamente evidente de manera que su decisión sea la inequívoca expresión de su voluntad. Con la figura de cláusulas accesorias que aparezcan como ventanas en la pantalla del ordenador podría conciliarse la tutela de los

⁴⁶⁴ Directiva 95/46 del Parlamento Europeo que establece los principios relativos a la legitimación del tratamiento de datos, en el Art.7, literal a) limita el tratamiento de los datos personales a la existencia del consentimiento previo del titular.

derechos personalísimos y reducirse la “ignorancia legítima” o “*bounded rationality*” del usuario.

Por ejemplo en Facebook.com dispone que, aun cuando los usuarios otorgan permiso al servidor para utilizar la información, el usuario es el propietario de la misma, y adhiere:

Tu confianza es importante para nosotros y por ello no compartimos esta información con otros a menos que:

- nos hayas dado tu permiso;
- te hayamos advertido, como informándote de ello en esta política, o
- hayamos eliminado tu nombre o cualquier otro dato por el que se te pueda identificar.

Los llamados “*pop ups*” son ventanas que se superponen a la página web de manera que quedan en un ciento por ciento visible para el usuario. La propuesta es que aquellas cláusulas que versen sobre el tratamiento de datos personales o sobre derechos concedidos a favor del operador en lo que respecta a licencias de imágenes o de datos, aparezcan supervinientes a las condiciones generales de uso con opciones plenamente identificables que ofrezcan dos opciones: ACEPTAR O NO ACEPTAR, esto a fin de no sólo salvaguardar los derechos sino de que exista una manifestación evidente de los operadores por cumplir con su obligación de informar el tratamiento de datos que da el servicio a los mismos. Por otra parte, a fin de garantizar el derecho de los usuarios, es imperante que no se de el mismo tratamiento a todos los datos, ya que unos pueden ser sensibles, otros personales y/o de carácter personal. Es por esto que el operador o servidor debe dar opciones a sus usuarios a fin de proteger la esfera de control de los individuos.

Un ejemplo de una disposición de tratamiento de datos de carácter personal propuesta por Pardini:

Ej: A efectos de llevar a cabo este contrato, la provisión de los datos del formulario Datos Personales es obligatoria. No obstante, para permitirnos mantener un contacto con sus afinidades, se ha previsto un campo complementario de datos no obligatorios, cuya provisión es facultativa en el formulario Datos Anexos. En caso de optar por éste, recibirá de nuestra parte la información según las preferencias

indicadas. [...] El usuario podrá ejercer en cualquier momento su derecho a acceso, rectificación, cancelación y supresión de sus datos, enviando un mensaje de e-mail a info@ABC.com.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ Óp. Cit. Pardini, Aníbal A. Pág.228

3. Capítulo 3.- Propuesta de principios rectores en los contratos de adhesión electrónicos *inter absentes* en redes sociales digitales

Este capítulo recoge los principios que se han obtenido a lo largo de la investigación de manera sistemática, así como las teorías que se han presentado en este trabajo, con el objetivo de presentar una propuesta que contiene una serie de principios rectores que podrían ser aplicados a la contratación electrónica en redes sociales digitales. Esto a fin de crear un sistema de protección a los usuarios de páginas web cuya relación se basa en la adhesión del usuario a condiciones predispuestas por proveedores de servicios. Analizada la deficiente formación de la voluntad de los usuarios para la formación del consentimiento debemos retomar que el tipo de contratación (adhesión) manifiesta la erosión de los momentos de la formación de las decisiones volitivas de los usuarios, condición común que se presenta en los contratos electrónicos *inter absentes*.

Por otra parte, la naturaleza del medio que se emplea para la perfección del contrato se separa de la comúnmente aceptada en las legislaciones, ya que la manifestación real se realiza a través de hechos técnicos y no necesariamente humanos. La implementación de la tecnología y su afectación directa en la contratación ha planteado retos jurídicos como: si la doctrina clásica debe aplicarse a los contratos electrónicos. Hay autores como Horna quien sostiene que lo más viable es ceñirse a la teoría general siempre ajustándola a circunstancias determinadas. El autor manifiesta que aun cuando la solución es la de promulgar legislaciones especiales adecuadas a la contratación, es “la misma realidad nos enseñará cual es el camino correcto: La Regulación o autorregulación.”⁴⁶⁶

Frente a esto es pertinente señalar que, como ya se ha mencionado la autorregulación de las partes intervinientes dentro del marco de los contratos electrónicos puede recaer dentro del abuso de las posiciones dominantes en el mercado, por lo que sostengo que, si bien por el hecho de la libertad contractual las partes están en facultad de regular sus intereses, el derecho debe devolver a las partes a la situación de equilibrio económico o de componer el

⁴⁶⁶ Horna, Martín Pierre. *La aplicación de los principios generales de la contratación*. Revista de Derecho Informático: Alfa-Redi No. 043 - Febrero del 2002. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1569>. Fecha de acceso: 9 de enero de 2012.

problema creciente de la asimetría informativa. De ahí que la aparición de la tecnología y la creciente celebración de negocios jurídicos en el mundo virtual obliga a que el derecho se actualice por su carácter propio del dinamismo. Es por esto que es imperante que exista regulación a una nueva subespecie de contratos, los electrónicos⁴⁶⁷ cuyo objeto sea cesión, recopilación, almacenamiento y disposición de datos personales. Después de hacer un análisis de la posible afectación de los usuarios sobre su privacidad especialmente en las relaciones B2C, además de los riesgos sobre la formación del consentimiento y la multiplicidad de jurisdicciones, Horna concluye que el problema a las cuestiones jurídicas que resultan de los nuevos tipos de interacción se encontraría resuelto con normativa especial que regule todos aquellos contratos que se celebran por Internet, buscando reducir los índices de desconfianza que la red puede generar en los usuarios.⁴⁶⁸

Dentro del tráfico mercantil y con el crecimiento de las tecnologías de la información, las condiciones predispuestas son necesarias como mecanismos catalizadores de los negocios. Asimismo, las tecnologías modernas permiten un mercado de datos enorme que se encuentra en explosión, situación de la que el usuario no está consiente.⁴⁶⁹ De ahí que los servidores encuentren métodos alternos y sofisticados para recolectar información de los usuarios.⁴⁷⁰ Uno de estos métodos es la formulación de términos y condiciones, o las necesarias condiciones predispuestas, que regulan la relación entre las partes y contiene la obligación de cesión de información o de licencias de uso de datos a favor del proveedor. Sin embargo, el reconocimiento de una necesidad de condiciones predispuestas no quiere decir que el contenido de las mismas o que las obligaciones que se crean para los usuarios puedan ser abusivas, o que puedan restringir derechos de los mismos. Por la naturaleza del contrato, el desequilibrio contractual perjudica al usuario, sobretodo en el desconocimiento que tiene el mismo de las técnicas, tácticas y equipos informáticos que utilizan los proveedores. Asimismo, el desconocimiento del usuario radica en el funcionamiento de los

⁴⁶⁷ *Ibíd.*

⁴⁶⁸ *Ibíd.*

⁴⁶⁹ *Óp. Cit.* Schwartz, Paul M.

⁴⁷⁰ *Ibíd.*

servicios y esto a su vez genera mayor potencial económico para los proveedores.⁴⁷¹ La “ignorancia legítima” o “*bounded rationality*” de los usuarios permite el crecimiento del mercado de los datos. Si la relación entre usuarios y proveedores de servicios *online*, como se demostró, se fundamenta en una relación contractual basados en los “términos y condiciones de uso” de los servicios, la manera de proteger la intimidad, privacidad y datos personales de los usuarios es con la aplicabilidad de principios o estándares aplicados a la contratación cuando se habla del tratamiento de datos y movimientos en la red.

A partir de la implosión de las nuevas prácticas de masificación de los contratos, el derecho debió encontrar mecanismos de reconstruir el equilibrio entre las partes y se propuso instrumentos⁴⁷² como: 1) Derecho imperativo: desarrollo de normativa interna que regula la contratación con la tipicidad de sus elementos, mediante la sanción de leyes otorga protección al débil o al consumidor;⁴⁷³ 2) Reformulación de las normas supletorias: Normas que completan la voluntad de las partes, como la observancia de la buena fe, equidad, funcionalidad y economía del negocio;⁴⁷⁴ 3) Relación de equivalencia: con la intervención del Estado a través de la función judicial, control directo e indirecto, con la aplicación de directrices de interpretación que busca restablecer el equilibrio entre las partes;⁴⁷⁵ y 4) Revisión del contrato: es la potestad del Estado de revisar los contratos bajo ciertos supuestos de excesiva onerosidad⁴⁷⁶. Sin embargo, es pertinente tomar en cuenta que las cláusulas abusivas, como antecedente que legitima el control de la autorregulación de los intereses, debe examinarse como supuestos de antijuridicidad.⁴⁷⁷ Si bien las legislaciones han tratado de manera interna cuáles son las cláusulas abusivas en las que puede recaer el predisponente eso es materia de la ilegalidad de las disposiciones contractuales. Sin embargo, la calificación de la cláusula abusiva como enunciados ilícitos

⁴⁷¹ Loredó, Alejandro. *Contratos Informáticos y Telemáticos, Comercio Electrónico, y su regulación en la Ley Mexicana*. Revista de Derecho Informático: Alfa-Redi. No. 089 - Diciembre del 2005. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=3926> Fecha de acceso: 9 de enero del 2012.

⁴⁷² Stiglitz, Rubén. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. “Contratación Privada y protección al consumidor”. Ediciones La Rocca. Buenos Aires: 2001. Pág.187.

⁴⁷³ *Ibíd.* Pág. 191

⁴⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 193

⁴⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 195-196

⁴⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 198

⁴⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 203

ya no es suficiente a nivel internacional, es por esto que debemos concebir a las cláusulas abusivas como supuestos antijurídicos que encuentran su fuente en otras además de la ley, “es entonces cuando se señala que lo ilícito, debe ser algo más que la violación de lo prohibido legalmente”⁴⁷⁸. A partir de esta premisa, se concluye que a lo que se refiere Stiglitz es a principios generales que incluyen directrices jurídicas que exige el derecho: como el orden público, la equidad y la buena fe.⁴⁷⁹ De ahí que a las cláusulas abusivas deba entenderse no sólo como presupuestos antijurídicos formalmente, sino que la prohibición debe ampliarse a lo antijurídico en sentido material.

3.1. Límites a la formulación de los “términos y condiciones” en los contratos de adhesión: Principio de predisposición reglada

Los límites que se proponen a continuación son obligaciones que deberán cumplir los proveedores de servicios o recolectores de datos dentro de la disposición de las cláusulas contractuales en las distintas fases de la relación contractual. Se podrá observar que la propuesta incluye limitaciones dentro de la etapa precontractual o cuando la persona hace la búsqueda del servicio *online*, durante la ejecución del servicio y una vez concluido.

En la fase precontractual se debe estar al fortalecimiento del deber previo de información a quien le genera menores costos la transacción. Este deber nace como parte de la buena de los proveedores dentro de las tratativas preliminares a la contratación. Esta conducta de información previa encuentra su fundamento en los deberes de solidaridad, lealtad y de cooperación que envuelve el concepto de la buena fe *in contrahendo*, principio que ha sido reconocido por los tribunales en Europa.⁴⁸⁰ El deber de información previa es un principio que va estrechamente relacionado con los deberes accesorios que debe acompañar a la obligación contractual. Es decir que son deberes que van de manera paralela a la configuración de las obligaciones contractuales con independencia del objeto de las

⁴⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 204

⁴⁷⁹ *Ibíd.* Pág. 204

⁴⁸⁰ Monsalve Caballero, Vladimir. *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 117: 115-152, julio-diciembre de 2008. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/04consideracionesactuales_002.pdf. Fecha de acceso: 9 de enero de 2012. Pág.147

prestaciones principales. Los deberes accesorios resultan imperantes tanto para el deudor como para el acreedor, que son el producto de deberes jurídicos que nacen de normas dispositivas o de elementos naturales como parte de cierto tipo de contratos, o nacen por el principio de buena fe contractual.⁴⁸¹

El concepto de la buena fe inherente a la contratación responde a un principio del derecho civil moderno, que es aplicable no sólo a los contratos sino a todos los negocios jurídicos y a las obligaciones⁴⁸². La buena fe es concebida como un correctivo a las interpretaciones formales de los contratos, que se realizaba únicamente en virtud de las solemnidades que le daban existencia y validez jurídica a los negocios (*stricti iuris*).⁴⁸³ Como respuesta, se introdujo un sistema de interpretación fundado en las normas de la equidad, lo que dio paso a la *bonae fidei*.⁴⁸⁴ Dentro del marco de la contratación contemporánea se ha manifestado la importancia de la integración contractual. La teoría sistemática del estudio del contrato plantea que a partir de los grados de complejidad social y teórica que rige el mundo actualmente, es necesario que los juristas utilicen diferentes herramientas capaces de “captar el pluralismo de fuentes, reglas y valores propios de la posmodernidad.”⁴⁸⁵ Esta teoría de análisis de un contrato obliga a establecer el ensanchamiento de los contenidos de los contratos en las que se debe estudiar no solo las obligaciones de las partes sino todo aquello que se prolifera en el contrato como: “obligaciones accesorias, precontractuales, post contractuales, garantías y cargas”⁴⁸⁶, así como deberes de conducta secundarios que pueden concluir en una finalidad supra contractual.

La buena fe es una fuente de integración contractual que supone la complementariedad de ciertos supuestos a los postulados convencionales, como deberes accesorios que podrían resultar propios de la naturaleza de los contratos que se celebran en la modernidad. Estos

⁴⁸¹ Óp. Cit. Farina, Juan M. Pág.143

⁴⁸² Óp. Cit. Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. Pág.321

⁴⁸³ *Ibíd.*

⁴⁸⁴ *Ibíd.*

⁴⁸⁵ Lorenzetti, Luis Ricardo. “Esquema de una teoría sistémica del contrato”. En: Alterini, Atilio Anibal, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto. *Contratación Contemporánea*. Pág. 13.

⁴⁸⁶ *Ibíd.* Pág.16.

deberes accesorios atienden, esencialmente, a la causa o fin con la que se celebra el contrato, es decir al interés socioeconómico del mismo.⁴⁸⁷ De tal modo que a partir de una estructura contractual típica, existe un elemento adicional que, no habiendo sido expresado por las partes, debe integrarse para la satisfacción de las mismas. Así, el postulado de la buena fe contractual atiende a correctivos que implican la lealtad de actuación de las partes intervinientes, el respeto por los valores que superan la legalidad, las normas de equidad y además es un elemento que permite la integración sistemática moderna de las fuentes del derecho para la interpretación contractual.

Además de la buena fe contractual reconocido internacionalmente como principio aplicable a la contratación, debemos retomar la voluntad de los Estados para promover y proteger derechos humanos y las libertades fundamentales que se reconoció universalmente en la Declaración No. 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El principio de supremacía de los derechos fundamentales también se reconoció internacionalmente, de manera que es deber de todos los individuos, grupos e instituciones promover y proteger los mismos. Dado el trato indiscriminado de datos personales y violaciones a la privacidad que permite la explosión de la Internet, además de la legitimación del tratamiento de los mismos en contratos de adhesión, es en base al deber de la comunidad de respeto a los derechos fundamentales que los límites a la formulación de términos y condiciones encuentra sustento. Los derechos humanos como inherente a la persona no necesitan tener de reconocimiento jurídico a nivel interno, es por esto que planteo una aplicación de la protección a los derechos fundamentales a través de cláusulas contractuales en supuestos en los que se encuentran en riesgo o potencialmente vulnerables, en la contratación electrónica.

En la fase de ejecución del servicio, los proveedores del servicio de redes sociales digitales deben garantizar el respeto a los derechos humanos de los usuarios como los derechos a la intimidad, privacidad, autodeterminación informativa o libertad informática y

⁴⁸⁷ Facco, Javier Humberto. *El principio de buena fe objetiva en el derecho contractual argentino*. Universidad Externado de Colombia. <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp16/javierHumbertoFacco.pdf>. Fecha de acceso: 19 de enero del 2012. Pág.152

el derecho a la protección de datos personales. Por ejemplo, la configuración de *cookies* en los ordenadores de los usuarios, la indexación en los motores de búsqueda, la información divulgada a terceros, la concesión ilimitada de licencias de propiedad intelectual sobre las imágenes, el almacenamiento indefinido de datos, la creación de perfiles *online* y la publicidad de los mismos son elementos que como se ha estudiado podría resultar en la violación a derechos fundamentales del hombre. Cada uno de estos elementos han sido estudiados y son estos mismos el fundamento para la limitación a la formulación de los términos y condiciones de uso de las redes sociales.

Terminado el servicio de interconectividad debe haber necesariamente la garantía de que toda la información que el usuario depositó en las plataformas del proveedor sean eliminadas de manera inmediata bajo plazos fijos máximos y que terceros relacionados con la plataforma también las eliminen de sus depósitos. Esto es una manifestación positiva del derecho a la intimidad, ya que es el usuario quien debe encontrarse en control de toda la información personal que sobre él circule en el mercado, de ahí la necesidad del consentimiento previo a la cesión de datos. De tal modo, los límites que se plantean a continuación –a manera de principios rectores- a la formulación de las condiciones predispuestas por los proveedores de redes sociales digitales encuentran cabida en el ejercicio leal que obliga el principio de la buena fe que impera en las relaciones contractuales, en la protección de los derechos fundamentales y en la protección a un grupo vulnerable en el mercado, los usuarios.

3.1.1. Obligación de los servidores o proveedores de informar al usuario: Principio de suministro de información continua

La obligación de informar al usuario es una obligación que nace como mecanismo para proteger a la parte débil dentro de las relaciones contractuales que pudieran degenerar en un desequilibrio entre las mismas. De tal manera, que el deber de información tiene una

finalidad protectora que pretende salvaguardar al que se halla en una posición más débil debido a que no cuenta con información suficiente o no tiene experiencia contractual o conocimiento técnico,⁴⁸⁸ sobre el objeto del contrato o sobre los medios empleados. Por otra parte, además de ser una obligación para el proveedor, la información es un derecho del que gozan los usuarios y consumidores, por esto al deber de información previa se le trata dentro del marco de la responsabilidad precontractual ya que compone los supuestos sobre los que desarrollará la relación contractual entre las partes. Es de la información previa que recibe el usuario si decide o no utilizar los servicios ofertados por el proveedor, es decir es de esta fase precontractual en la que el usuario determina la conveniencia o no del servicio, y además es “[...] el principal protagonista de un consentimiento sano y conforme.”⁴⁸⁹ Tal y como se promulgó en las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor en su versión ampliada de 1999, bajo el título de Principios Generales: Con el objetivo de satisfacer las necesidades de los consumidores de los Estados deben garantizar, según dispone el Art.3, literal c) “El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;”⁴⁹⁰ En Argentina el deber de informar es también reconocido como un principio general del derecho del consumidor y del usuario en el Art. 42 de su Constitución.⁴⁹¹ La elaboración de la doctrina argentina señala que el deber de información rige a partir del momento en que el bien o el servicio es puesto a disposición en el mercado.⁴⁹² De esta manera, esta obligación se encuentra activa desde las tratativas hasta después de celebrado y cumplido el contrato.

El deber de informar a la parte débil nace del principio de buena fe, esto quiere decir que las partes deben entender claramente los términos, de manera concreta, sin falacias, y que permita el conocimiento del usuario de tal manera que durante la formación contractual

⁴⁸⁸ Óp. Cit. Monsalve Caballero, Vladimir. Pág. 122

⁴⁸⁹ *Ibíd.* Pág. 124

⁴⁹⁰ Organización de las Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y sociales. *Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor*. Versión ampliada de 1999. New York: 2003. http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_sp.pdf

⁴⁹¹ Óp. Cit. Farina, Juan M. Pág. 125

⁴⁹² *Ibíd.*

y su ejecución, la parte débil podrá exigir de la otra su comportamiento debido.⁴⁹³ En cuanto a la naturaleza de la información, la doctrina francesa señala que existen dos clases de información: una obligatoria y una informativa. Siendo la información obligatoria aquella que se distingue en función del alcance: 1) Información pura y simple, información básica sobre el contrato; 2) Obligación de informar *stricto sensu* o el deber de consejo; y 3) Deber de advertencia.⁴⁹⁴ La obligación de informar *strictu sensu* compromete aquella información sobre las condiciones y compromisos que la parte está por adquirir frente a la otra. Por otra parte, el deber de consejo es tendiente a orientar a la otra parte para tomar una decisión, es decir debe al menos presentar al contratante las consecuencias que genera la perfección del contrato.⁴⁹⁵ Por otra parte, el deber de advertencia incluye la necesidad de informar al usuario sobre un peligro, material o jurídico, que pudiera generar el uso del servicio, además debe dar instrucciones adecuadas para su uso correcto.⁴⁹⁶

Como ya se advirtió, la obligación de información nace del desequilibrio de conocimientos entre las partes, este desequilibrio puede darse por la propia técnica de la formación del contrato o por las circunstancias conforme a la calidad de los contratantes. Por la técnica de formación del contrato, es típico en las condiciones predispuestas que la parte dominante las redacta y el usuario únicamente acepta, de manera que sólo las conoce de manera clara y plena quien las redacta. Y por las circunstancias de las partes, la parte que tiene el conocimiento debe informar a la otra sobre los elementos que pudieran interesar a la otra parte y lo ignora legítimamente.⁴⁹⁷ Este deber es aplicable a todos los negocios jurídicos sin importar el tipo conforme al principio de buena fe. Sobre todo en los casos en que la relación contractual es entre “una parte que actúa como experto y otra que se encuentra en amplio desequilibrio.”⁴⁹⁸ Como sucede en las redes sociales digitales, todas las cláusulas establecidas en los términos y condiciones de uso ponen en debilidad a

⁴⁹³ Óp. Cit. Monsalve Caballero, Vladimir. Pág.127

⁴⁹⁴ *Ibíd.* Pág.137

⁴⁹⁵ *Ibíd.* Pág.138

⁴⁹⁶ *Ibíd.*

⁴⁹⁷ *Ibíd.* Pág.140

⁴⁹⁸ *Ibíd.*

los usuarios y exponen los derechos fundamentales, ubicándolos a los mismos en posición débil dentro de la relación.

El deber de información previa ha sido reconocido a nivel europeo. En el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia donde se cuestiona si creada la Comunidad Europea y ya conformada la integración económica no debería significar la necesaria armonización de reglas contractuales aplicables a las transacciones intracomunitarias.⁴⁹⁹ Así se ha dispuesto se reconozca el deber de información como carga para todos los contratantes dentro de la comunidad sobre cada uno de los supuestos de la contratación, señala:

Art. 7. Deber de información

1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración.

Como derivación del principio de buena fe, el deber de información se configura como una obligación para las partes. Sin embargo, no hay que dejar de lado que el usuario no puede, tampoco, desde su posición de débil pretender que cada inconformidad con el servicio encuentre cabida en el incumplimiento de la obligación de información del proveedor. La disposición de la información obligatoria y la información completa puesta en conocimiento del usuario no ampara al mismo cuando éste debió actuar con mayor diligencia. La obligación de información, parte de la buena fe, tiene un aspecto que le hace exigible e implica actos positivos en virtud del interés contractual de las partes, es decir el acto positivo del proveedor de disponer toda la información de manera clara y por otra parte, el acto positivo del usuario de tomar las debidas precauciones antes de contratar. De tal manera, no es solo el proveedor quien está obligado a informar y presentarle las posibilidades reales al usuario, es también deber del usuario hacer valoraciones para decidir

⁴⁹⁹Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía. *Proyecto de Código Europeo de Contratos*. <http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos legales/TR-PAVIA.DOC>. Fecha de acceso: 9 de enero del 2012. Introducción. Pág. 3

la conveniencia de los servicios. Así, son las partes las obligadas a ser transparentes y a actuar de buena fe.⁵⁰⁰

Volviendo a las nuevas formas masivas de contratación como mecanismos agresivos para la contratación, como los contratos celebrados por medios electrónicos o telemáticos, es importante tomar en cuenta el elemento que legitima a los mismos, la confianza de los usuarios. En este tipo de contratos la confianza se transforma en un aspecto esencial ya que, como ya se ha dicho, los medios utilizados no generan condiciones óptimas de información. De tal manera, de la práctica se ha observado que es imperante proteger a la parte débil de la relación debido al abuso de los proveedores de su posición dominante y de sus derechos.⁵⁰¹ Ante la evidencia de los irrazonables desequilibrios el derecho debe regular los mismos a fin de evitar comportamientos desleales, dolosos o culposos. De ahí que, la responsabilidad precontractual derivada de la obligación de informar responde a necesidades de los débiles, siendo un elemento en el derecho contractual reconocido a nivel internacional.⁵⁰² Debe entenderse a los usuarios como parte débil en el sentido que, por lo general, los usuarios desconocen aspectos del servicio y no tienen elementos suficientes para juzgar las condiciones por adelantado, conocer los riesgos que pudiera generar el servicio y de qué puede hacer el usuario frente a los mismos.⁵⁰³ Finalmente, es necesaria la obligación de información ya que esto comprende que el consentimiento que manifiesta el usuario, se ha formado clara y de manera reflexiva.⁵⁰⁴

Es una práctica comercial actual desplegar, de un hipervínculo minúsculo situado en la parte inferior de la pantalla, el contenido de las cláusulas predispuestas en contratos sumamente largos, en letra pequeña, en las que el usuario debe recorrer a lo largo de la pantalla un texto poco amigable. Dicho texto contiene cláusulas como las que se han analizado a lo largo de este trabajo: eximentes de responsabilidad, cesión de datos personales y registro de movimientos en la red social, el registro de gustos y tendencias de

⁵⁰⁰ Óp. Cit. Monsalve Caballero, Vladimir. Pág.144

⁵⁰¹ *Ibíd.* Pág.147

⁵⁰² *Ibíd.*

⁵⁰³ Óp. Cit. Farina, Juan M. Pág.138

⁵⁰⁴ *Ibíd.*

consumo, recolección de imágenes y permisos de uso y transferencia a terceros beneficiarios, prórroga de competencia, sometimiento a legislaciones extranjeras, etc. Toda esta información que se presenta en los términos y condiciones de uso de las redes sociales son características propias del servicio de las cuales los usuarios desconocen, además que la disposición de la información es casi ilegible (debido a que se despliegan hipervínculos pequeños que redireccionan a los usuarios a los términos) y poco amigable. Las cláusulas ponen a favor del proveedor datos personales, información sensible, confidencial o información del usuario de la que él desconoce se hará pública. Esta posición de “conocimiento del proveedor vs. Desconocimiento del usuario” es una situación de desequilibrio que pone en riesgo el control directo de los usuarios sobre la información personal, además que cada dato que entra a la plataforma genera ingresos para el proveedor generando no sólo asimetrías informativas sino desequilibrios económicos para las partes. En virtud de esta situación, se plantea que el proveedor debe disponer toda la información que tiene en su poder; además de la manera óptima en la que se debe hacer la disposición, a fin de salvaguardar a los débiles, respetar el principio de buena fe contractual y precautelar los derechos humanos de los usuarios.

3.1.1.1. Deber de información previa y comprensible

Entendida la obligación de información que tiene el proveedor de servicios como las redes sociales, es necesario identificar las características de cómo debe ser dispuesta la información y cuál es el objeto de la obligación de información. La información previa y comprensible se refiere a todos aquellos elementos que tienen como objeto principal la “[...] adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio”.⁵⁰⁵ Esto quiere decir información suficiente para que las decisiones del usuario sean fundadas en su conocimiento previo sobre cada una de las consecuencias que contratar pudiera generar. Por ejemplo, es pertinente que el usuario conozca de manera clara cómo controlar cada registro que éste hace en la plataforma, como comentarios que dispone abiertamente, cómo

⁵⁰⁵ Óp. Cit. Monsalve Caballero, Vladimir. Pág. 131

se maneja el registro de acceso a cada segmento que decide explorar (esto se suele manejar con *click* en botones que dicen “*I like*” o “me gusta”), a qué tipo de información tienen acceso compañías registradas con publicidades o cómo puede el usuario excluirse de un segmento de mercado.

Si bien todas estas condiciones son incluidas en las cláusulas predisuestas, como parte del derecho a la autodeterminación informativa, es el usuario quien debe estar en poder de permitir a terceros obtener o no su información. Sin embargo, las cláusulas de uso en redes sociales digitales permiten el acceso indiscriminado de terceros a las bases de datos y además que incluyen cláusulas de permiso de transferencia otorgadas por el usuario. Todos estos elementos que se han descrito permitirán al usuario tener una esfera de control directa sobre su información, es por esto que es imperante que cada uso que se otorgue a favor del proveedor deba estar especificado de manera clara y comprensible a fin de restablecer el desequilibrio entre las partes.

El deber de información comprensible impone a que el proveedor utilice un lenguaje adecuado, que no sea susceptible de varias interpretaciones que pudieran generar en el usuario distorsiones de la realidad y el alcance de las condiciones del servicio.⁵⁰⁶ Es por esto que, el proveedor no debe reducir sus costos y recursos en la disposición de la información a favor de los usuarios de manera amigable, esto a fin de que el usuario tenga el discernimiento y el conocimiento suficiente sobre el objeto del contrato. Además, el experto debe informar sobre todas las características esenciales que tiene el servicio que ofrece, “[...] la información debe ser veraz, detallada y que sea suficiente a fin de que no produzca dudas en el usuario”⁵⁰⁷ y debe ser fácilmente legible.⁵⁰⁸ Por otra parte, la información previa tiene una utilidad o valor instrumental, es que toda la información que el proveedor dispone a favor del usuario reporta para el mismo un mecanismo para conocer los medios para el máximo aprovechamiento del servicio prestado.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ *Ibíd.* Pág. 132

⁵⁰⁷ *Óp. Cit.* Farina, Juan M. Pág.127

⁵⁰⁸ *Ibíd.* Pág.126

⁵⁰⁹ *Ibíd.* Pág.128

Sin embargo, es importante señalar que la obligación de información previa puede confundirse con la información que el proveedor dispone dentro de sus campañas publicitarias. Esta información se diferencia en varios aspectos: 1) *Por el contenido y la finalidad*: se trata de información que se debe facilitar al usuario con el fin de transmitir el conocimiento necesario para la prestación del consentimiento. Esto es debido a que la publicidad persigue promover la contratación mientras que el deber de información se encamina para que el usuario pueda decidir finalmente si contrata o no.⁵¹⁰ 2) *Por la objetividad*: la información que se presenta en la publicidad no es detallada sino se puede acortar con fines de atracción, en cambio la información como deber es brindada en otro momento y con el fin de presentar las características esenciales del contrato.⁵¹¹ 3) *Por su naturaleza jurídica*: la del deber es una obligación para el proveedor y un derecho del usuario, mientras que la publicidad es un derecho del proveedor que puede o no ejercer, su no ejercicio no atrae consecuencia jurídica alguna.⁵¹² 4) *Por su destinatario*: publicidad hace referencia al público en general mientras que la información debida es únicamente a los usuarios interesados en utilizar el servicio; y 5) *Por el ámbito de protección*: la publicidad está dentro del marco de la competencia mientras que la información debida está dentro de los derechos del consumidor.⁵¹³

Dada la diferencia de la publicidad en contraposición a la información previa y comprensible, es importante aclarar que el proveedor del servicio debe necesariamente utilizar diferente información en dos momentos distintos. En el momento en que un usuario accede a su página web principal la información dispuesta es publicidad como: beneficios de interconectividad que ofrecen las redes sociales, creación de perfiles, búsqueda de personas, creación de mundos virtuales, etc. Un segundo momento sería el momento que un usuario decide crear una cuenta de perfil, debe necesariamente ser redireccionado a condiciones de uso dispuestas de manera amigable en la que exponga todos los riesgos

⁵¹⁰ *Ibíd.* Pág.148

⁵¹¹ *Ibíd.* Pág.149

⁵¹² *Ibíd.*

⁵¹³ *Ibíd.*

asociados al servicio, cada una de las cláusulas cuyo objeto es la transferencia, uso o recolección de datos, y aquellas que se han analizado como abusivas.

A fin de que la información sea comprensible es necesario que las cláusulas sean independientes, en recuadros autónomos que permita la objetiva comprensión de los usuarios, además que la información sobre el objeto del contrato debe estar redactado en letra comprensible y lenguaje adecuado que reduzca la “ignorancia” del usuario. De esta manera, no sólo que el usuario está efectivizando su esfera de control, sino que se asegura una formación de la voluntad real que legitima el consentimiento a cada una de las cláusulas predisuestas, de ahí que se haya criticado el uso indiscriminado de la formación del consentimiento a través de la modalidad *browsewrap agreements*.

3.1.1.2. Deber de información de derechos precontractuales y post contractuales

Como se mencionó, el usuario goza del derecho a ser informado sobre cada una de las consecuencias que el uso del servicio traerá, así como los posibles riesgos y cada una de las condiciones que comprometería sus datos personales. Toda la información que debe ponerse a disposición del usuario debe estar presentada de manera clara, manifestación de un derecho precontractual. Toda la información que omita el proveedor sobre la condición de sus derechos o se modifique antes de empezar a utilizar el servicio y no ha sido informado, otorga al usuario un derecho de acción en contra del proveedor por responsabilidad precontractual. El derecho a la información previa es precisamente en el momento previo a adquirir el servicio, de manera que si el usuario descubre que se le ha ocultado o no se le ha brindado una correcta información del objeto del contrato, esto podría resultar en un daño moral o económico.⁵¹⁴

El derecho precontractual, además, incluye la obligación del proveedor de suministrar al usuario,⁵¹⁵ cómo ha de utilizarse de manera correcta el servicio, cómo lograr que el servicio sea eficiente, esto a fin de obtener una utilización satisfactoria que cumpla con las expectativas y necesidades de los usuarios. Tal información debe ser encaminada a:

⁵¹⁴ *Ibíd.* Pág.140

⁵¹⁵ *Ibíd.*

instrucciones e indicaciones para su correcto uso, modo de empleo, advertencias y conservación del servicio.⁵¹⁶ Es importante que los proveedores describan el tratamiento de los datos de manera independiente, como se mencionó, para esto se puede utilizar la modalidad de *pop ups*, que es llamativo y la información es presentada de manera amigable. Debemos recordar el análisis realizado en el caso *GeoCities vs. Federal Trade Commission* y tomar en cuenta que en el mismo se llegó a un acuerdo en el que el proveedor del servicio debía informar a sus usuarios qué información está siendo obtenida, a quien se transmite y cómo acceder a su cancelación.⁵¹⁷ El acuerdo supuso la inclusión de la página web de un hipervínculo especificando los fines legítimos para recolectar información personal de los usuarios. Sin embargo, a mi criterio, un link conteniendo las condiciones no es un mecanismo suficiente para informar efectivamente al usuario sobre las consecuencias y riesgos que pudiera generar el uso de servicio.

Toda la información relativa a los usuarios que se recolectará debe tener fines explícitos, específicos y legítimos y, además, éstos no deben variar con el pasar del tiempo con el fin de proteger el derecho a la protección de datos personales de los usuarios⁵¹⁸. Por consiguiente, el editor de una página web debe informar a los usuarios antes de empezar a utilizar el servicio y de solicitar los datos personales que identifiquen a un sujeto qué datos obtiene, cuáles procesa, con qué fines y por cuánto tiempo los conserva como parte de su patrimonio.⁵¹⁹ Además, el proveedor del servicio dentro de la información que suministra, debe incorporar garantías para los mismos, como la no modificación de los términos contractuales de manera unilateral (cláusulas abusivas como se analizó en el Capítulo II), ya que esto comprometería los objetivos primigenios que fueron expuestos al usuario, configurándose una situación de incumplimiento de la obligación de información precontractual.

El derecho post contractual corresponde a que el proveedor debe informar que la información deba ser eliminada de la plataforma el momento en que deja de utilizar el

⁵¹⁶ *Ibíd.* Pág.141

⁵¹⁷ *Óp. Cit.* Llaneza. Pág. 260

⁵¹⁸ *Ibíd.* Pág. 262

⁵¹⁹ *Ibíd.*

servicio. Esto sería garantizar el “derecho al olvido” que tienen las personas dentro del mundo virtual, es decir derecho de las personas a que sus datos no se traten y se supriman cuando dejen de ser necesarios con fines legítimos.⁵²⁰ Es evidente que si el usuario manifiesta la voluntad a través de un icono que diga “Eliminar mi perfil”, “eliminar mi foto”, “desactivar mi cuenta”, “abandonar red” o similares, su intención es la de dejar de existir en todo o en parte dentro de la red social a la que suscribió. De tal manera, que el almacenamiento de su información dentro de la plataforma de la red social debe cesar, ya que de lo contrario resulta atentatorio en contra de los derechos de la intimidad y la privacidad. La privacidad como el derecho a no tener injerencias en la vida privada, “to let be alone”, controlar las actuaciones propias y demás, debe ser garantizada. La forma en como se garantiza el olvido, como parte de la privacidad de las personas, es con la eliminación completa de la información que la plataforma haya podido almacenar. El fin legítimo para el tratamiento de datos en todas sus acepciones (explícito en el Capítulo I) es cuando el usuario hace uso de la red social, cuando activa el servicio de ocio, entretenimiento e interconectividad. De tal manera, que cuando los actos del usuario se encaminan para salir de la comunidad virtual, el tratamiento de datos deja de tener un fin legítimo.

Los derechos post contractuales de los usuarios son aquellos que permiten que el usuario deje de existir en la red social, en las plataformas de la misma y en los archivos de todos los terceros que conocieron de sus movimientos. Es por esto que parte del derecho a la información previa es informar al usuario cuáles son los fines legítimos para la recolección y tratamiento de datos, de tal manera que con la erosión de los fines, desaparezca el tratamiento. Los derechos de la privacidad incluye el “olvido”, por esto, la conservación indiscriminada de los datos de usuarios inactivos resulta atentatorio a derechos fundamentales, y es parte de los usuarios que se garantice el respeto a su información una vez concluido el servicio.

Es imperante que, las disposiciones contractuales en materia de cancelación del servicio no sean abiertas e inciertas. Por ejemplo, como se analizó en el Capítulo II es

⁵²⁰ Óp. Cit. Agencia Española de Protección de Datos (España). Memoria 2010

común que las cláusulas estén redactadas indeterminadamente como: “Después de que elimine su Contenido de los Servicios Myspace dejaremos de distribuirlos tan pronto como sea posible; la licencia expirará en el momento en que cese la distribución.”⁵²¹ Asimismo, en Facebook la disposición queda abierta: “No obstante, entiendes que es posible que el contenido eliminado permanezca en copias de seguridad durante un plazo de tiempo razonable (si bien no estará disponible para terceros).”⁵²² El derecho al olvido debe garantizar necesariamente que la información sea eliminada de manera inmediata y no dejar la facultad de eliminación a la discreción del proveedor como ha sido en la práctica. Los plazos para cesar la distribución deben ser fijos, asimismo para la eliminación de toda la información que tiene en su poder el proveedor.

3.1.1.3. Deber de información clara, completa y especial sobre los supuestos de la contratación.

Desde el punto de vista tecnológico la presentación de la información debe ser realizada en tres aristas principales: 1) la información debe ser transmitida de manera instantánea, 2) debe ser de fácil acceso; y 3) Debe estar claramente presentada. En la contratación *inter absentes* la información cumple un rol importante, ya que entre las partes no hay contacto directo y no hay manera de que cada usuario manifieste dudas respecto del tratamiento de datos o utilización de imágenes. Por el contrario, el uso de medios electrónicos y telemáticos hace que las obligaciones informativas sean exigibles en mayor proporción.⁵²³ Al no existir un proceso de negociación, las obligaciones de información que recaen sobre los proveedores deben ser explícitamente regladas y concretas.⁵²⁴ El ofrecimiento de la información sobre la calidad y cualidad de los servicios dejan de ser suficientes dentro del mundo virtual, ya que los datos personales, imágenes, movimientos y tendencias son elementos que dentro del “espacio terrenal” es más difícil recolectar y no se negocian comúnmente sobre la mayoría de los usuarios. De manera que el derecho, como herramienta correctora de desigualdades debe entrar a concretar cómo funcionará el

⁵²¹ MySpace. Términos de uso.

⁵²² *Ibíd.*

⁵²³ Óp. Cit. Monsalve Caballero, Vladimir. Pág. 129

⁵²⁴ *Ibíd.* Pág. 129

servicio en materia de tratamiento de datos, haciendo referencia a cada uno de los supuestos que pudiera generar peligrosidad para la privacidad de los usuarios.

Con el objetivo de concretar cada uno de los supuestos de peligrosidad, el usuario debe estar consciente de: qué datos se adquieren, para qué se los va a utilizar, así el usuario tomará una decisión consciente y razonable.⁵²⁵ Dado que el deber de información acompaña al contrato en todas las fases, durante la ejecución del servicio es importante que se recuerde que el proveedor almacena en su plataforma información personal relativa a los miembros de la comunidad virtual. Considero que es importante que a fin de que la información sea especial sobre los supuestos de la contratación, el proveedor ofrezca “recordatorios” a los usuarios del tratamiento que se da a sus datos. Estos recordatorios pueden programarse dentro de las plataformas para que aparezca en el ordenador del usuario con intervalos fijos. Por ejemplo, cada trimestre debe aparecer en las pantallas de los usuarios un recuadro que podría decir:

RECORDATORIO PARA LA COMUNIDAD ABC

Recuerda que nos has dado permiso para almacenar, procesar, transferir y utilizar tu información de identificación personal compartible, si no deseas hacerlo configura tu perfil de acuerdo a tu elección.

Como se verá a continuación dentro de este capítulo, la propuesta de principios plantea la restricción a la información que las redes sociales pueden almacenar y distribuir a terceros beneficiarios. La propuesta incluye una clasificación de información en categorías compartibles y categorías no almacenables, de tal manera que existe cierta información que puede ser procesada. Como conclusión, el principio de suministro de información durante la ejecución del contrato, no debe estar únicamente accesible a través de un hipervínculo que el usuario apenas lee en la pantalla. Para el efectivo cumplimiento de este deber, es necesario que los proveedores de servicios de interconectividad o las redes sociales incluyan toda la información sobre riesgos a la privacidad y a intimidad personal y debe ser puesta a disposición del usuario continuamente para asegurar que la voluntad del mismo es

⁵²⁵ Farina, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94*. Editorial Astrea. Segunda Edición. Buenos Aires: 2000. Pág.126

la de hacer pública o transferible sus datos. Es pertinente tomar en cuenta que el mundo virtual es el espacio en el que el tratamiento de datos es más sensible, es por esto que las medidas que debe tomar el derecho deben ser agresivas a fin de precautelar derechos fundamentales.

3.1.2. La creación de perfiles de usuarios: Principio de no publicidad de perfiles en redes sociales digitales

La práctica común de las redes sociales digitales es la de configurar los perfiles de los usuarios como públicos por *default*. Es decir que, por defecto, la regla general es que los perfiles deben ser abiertos y es sólo si el usuario configura su perfil que éste pasa a ser privado, o abierto únicamente para su círculo de amigos en la red. Por otra parte, la red social o el proveedor se reservan para sí la capacidad de indexar los nombres de los usuarios a fin de que las personas aparezcan en los motores de búsqueda como perfiles fáciles de encontrar. A continuación haré un análisis basado en la investigación realizada a lo largo de este trabajo para justificar el principio planteado: la no publicidad de perfiles en redes sociales digitales. Este principio tiene como fundamento la protección y promoción de los derechos fundamentales del ser humano reconocida a nivel mundial. Con el objetivo de garantizar los derechos de todos los usuarios y de reducir los niveles de exposición, es imperante que el usuario mantenga el control de su propia esfera íntima, la cual implica dos momentos: una conducta positiva y una negativa, la positiva “de permitir” la injerencia de terceros y hacer pública la información, y la segunda es la obligación de terceros de abstenerse de invadir la esfera privada de otro usuario.

El derecho a la intimidad personal y familiar como se analizó en el primer capítulo tiene dos connotaciones, una positiva y una negativa. La connotación positiva es aquella que permite al sujeto, en virtud de la libertad, determinar qué hacer, cuándo estar solo y cómo vivir su propia vida íntima.⁵²⁶ Por otra parte, el sentido negativo de este derecho es que por el hecho de ser un derecho fundamental, las personas que rodean a un individuo tienen la obligación de abstenerse de irrumpir en la esfera de privacidad de éste. Cuando

⁵²⁶ Estrada Avilés, Jorge Carlos. Pág. 2 y 3

observamos el funcionamiento de las redes sociales digitales y la publicidad de los perfiles por *default* se viola la facultad de control. Cuando el usuario como individuo tiene la facultad de determinar qué hacer, ésta implica si desea exponerse o no. Pero, si el perfil es abierto al público por defecto, ¿esta en realidad decidiendo cuándo y cómo exponerse? Por otra parte, la connotación negativa genera una obligación de abstención para terceros, es decir que no tenga acceso a su privacidad. Con la publicidad de los perfiles por *default*, no sólo que se permite la injerencia de terceros en los perfiles de los usuarios sino que no se da la facultad de decidir qué hacer público. Por el contrario, se permite que todos los usuarios de la plataforma accedan, y su facultad de decidir qué hacer y cuándo estar solo se transforma en la excepción.

Adicionalmente, como se mencionó en el análisis previo, el objeto del derecho a la intimidad protege todo aquello que es propio de la intimidad de cada uno de los individuos, es decir que no hay elementos reglados dentro de este ámbito privado. Contrariamente, son los usuarios los que determinan en virtud de su valoración intrínseca qué considera como propio y qué considera cada persona como circunstancias susceptibles de conocimiento general. Es en virtud de esta facultad individual en la que una persona debe ser capaz de controlar cada elemento de su vida que quisiera difundir.⁵²⁷ El derecho a la intimidad implica la decisión de hacer público ciertos elementos propios, no viceversa. Entendida la intimidad con aquel elemento fundamental en el que una persona encuentra la desconexión propia con el mundo exterior, es importante que a nivel del mundo virtual se respete este principio. La persona hace público lo que desea hacerlo.⁵²⁸ Es por esto que la publicidad de los perfiles es un acto atentatorio en contra de la intimidad personal.

Es importante retomar el precedente del caso *Lawrence vs. Texas* que modifica el concepto de privacidad sentado en el caso *Bowers vs. Hardwick*. En *Lawrence vs. Texas* la Corte desconoce las relaciones personales y la identidad sexual como lineamientos de la privacidad, sino que amplía el concepto de privacidad hacia la generalidad de los

⁵²⁷ Óp. Cit. Amadeo Gadea. Stc 73/ 1982

⁵²⁸ Óp. Cit. Robollo Delgado, Lucrecio. Pág. 40

individuos como parte de la libertad personal de elegir.⁵²⁹ Esta capacidad de elegir de los individuos no debe verse menoscabada por la introducción de medios electrónicos o telemáticos en la vida diaria. De manera contraria, debido a la capacidad de tratamiento informatizado de datos, el derecho de los individuos para controlar su información y sus datos personales debe ser más exigente. Así, los datos puestos en conocimiento de proveedores en Internet deben ser restringidos y no pueden estar expuestos abiertamente a toda la red dentro de un programa electrónico.

Por otra parte, si volvemos sobre la teoría de la privacidad desarrollada por Warren y Brandeis en la que se planteó el desarrollo de la personalidad como parte de la misma, recordamos que todas las expresiones de los sentimientos y el pensamiento manifestadas en cualquier medio, siempre que no estén protegidas por derechos de propiedad intelectual, encuentran protección en el derecho al desarrollo de la personalidad. Uno de las restricciones a la privacidad que mencionan en su teoría es aquella en la que la persona manifiesta su consentimiento para hacer pública sus manifestaciones. Resultaría inconcebible asumir que la voluntad de una persona es la de hacer pública todas las manifestaciones de su personalidad, sino que es necesario que el usuario realice un acto positivo para demostrar que desea hacer público su perfil, no para expresar que desea hacer privado.

En las redes sociales digitales, los términos y condiciones de uso asumen que los usuarios deciden hacer pública la información, específicamente en Facebook.com expresan en las cláusulas: “Información que decides hacer pública. Decidir hacer pública tu información significa exactamente eso: que todos, incluyendo las personas que no pertenecen a Facebook, podrá verla.” Sin embargo, con el sólo registro del usuario en el servicio, el perfil adquiere la calidad de pública. Por esto a fin de proteger los derechos a la intimidad y privacidad de los usuarios, la disposición debe ser la misma con la diferencia de que el usuario en realidad debe “decidir” hacer de su perfil accesible al público, no debe estar por *default*, de ahí el planteamiento del principio de no publicidad de los perfiles.

⁵²⁹ Óp. Cit. Lawrence v. Texas. Pág. 914

Es pertinente analizar los riesgos que corren los usuarios cuando el perfil es sometido a publicidad por *default*. Las cláusulas contractuales establecen que el momento en que la información es pública, el usuario permite que la información:

puede asociarse contigo (es decir, tu nombre, imagen de perfil, perfil de Facebook, identificador de usuario, etc.) incluso fuera de Facebook.

puede mostrarse cuando alguien hace una búsqueda en Facebook o en un motor de búsqueda público.

estará accesible para los juegos, aplicaciones y sitios web que utilizáis tú y tus amigos.

será accesible para cualquiera que utilice nuestras API, como la API de la gráfica social (Graph API).⁵³⁰

Es necesario que para limitar el acceso de terceros a cada uno de los elementos transcritos, el usuario modifique las configuraciones de privacidad, es decir que las etiquete como “privadas”. Sin embargo, la privacidad del individuo induce a todo lo contrario, es el usuario quien debe decidir sobre qué hacer “público” de lo contrario se promueve una potencial vulneración a la privacidad. Más aún si consideramos que los usuarios no se encuentran racionalmente habilitados para leer las propiedades de los servicios en virtud del concepto analizado: “*bounded rationality*”, es necesario que el proveedor del servicio garantice la protección de los derechos en cumplimiento de los deberes del hombre.

Facebook permite el acceso a la aplicación de Graph API, como se mencionó, toda la información entra a disponibilidad de esta gráfica. La gráfica es una aplicación que permite entrelazar objetos dentro de la red, estos objetos incluyen: fotografías, nombres de usuarios, mensajes enviados entre personas, gustos, datos, entre otros. La Graph API supone ser una aplicación para el mejoramiento del uso del servicio, se ha presentado como:

All of the objects in the Facebook social graph are connected to each other via relationships. Bret Taylor is a fan of the Coca-Cola page, and Bret Taylor and Arjun Banker are friends. We call those relationships *connections* in our API. You can

⁵³⁰ <http://www.facebook.com/about/privacy/your-info#inforeceived>

examine the connections between objects using the URL structure https://graph.facebook.com/ID/CONNECTION_TYPE.⁵³¹

Las conexiones dispuestas a favor de los usuarios es, sin duda, una aplicación con alta utilidad. Pero, debemos tomar en cuenta que todos los usuarios entran a esta plataforma por *default*, y permite su vinculación inmediata, evidenciando la historia lineal del usuario y permitiendo la intrusión de terceros. Es necesario que estas aplicaciones el usuario las acepte directamente, a fin de precautelar sus derechos. Por otra parte, hay elementos que siempre son públicos como Nombre, Fotos del perfil, Red (identifica "Amigos y redes", personas con las que se vincula el usuario) y Nombre de usuario e identificador de usuario⁵³². Esta información permite a los usuarios mantener la comunidad virtual activa y permite generar la interconectividad buscada. Sin embargo, el excesivo manejo de información y la permisividad y publicidad que crea la plataforma para terceros puede poner en riesgo los derechos de los usuarios. Tomaré como un ejemplo toda la información que se puede asociar al Nombre de Usuario (información que siempre es pública dentro de las políticas de Facebook):

Si alguien tiene tu nombre de usuario o identificador de usuario puede utilizarlo para acceder a información sobre ti a través del sitio web facebook.com. Por ejemplo, si alguien conoce tu nombre de usuario puede escribir facebook.com/nombredeusuario en la barra del navegador y ver tu información pública, además de cualquier otro dato que le permitas ver. Asimismo, alguien que conozca tu nombre de usuario o tu identificador de usuario podrá acceder a información sobre ti a través de nuestras API, como nuestra [API de la gráfica social \(Graph API\)](#). En concreto, tendrá acceso a tu información pública, además de a la franja de edad a la que perteneces, tu idioma y tu sexo.

Es irónico como empieza el postulado “si alguien tiene tu nombre de usuario [...]”, ya que el nombre de usuario es accesible para todas las personas incluso quienes están fuera de la red social, de manera que si alguien conoce tu nombre, bastará con que sepa ese dato para acceder a toda la información que almacena la plataforma. Si el usuario desconoce los medios técnicos para elaborar la configuración de la privacidad se encuentra en una desventaja tecnológica que no le permite evaluar los riesgos y la peligrosidad sobre su

⁵³¹ Graph API. <http://developers.facebook.com/docs/reference/api/>

⁵³² Facebook. Términos y condiciones de uso. *Información que siempre es pública.* <http://www.facebook.com/about/privacy/your-info#everyoneinfo>

intimidad y protección de datos personales. Parte del desequilibrio existente en la contratación electrónica es la “ignorancia legítima” que genera el desarrollo de la tecnología y la disparidad de conocimiento técnico. Pero lo más sorprendente que ¿Qué sucede si un usuario desea desactivar la gráfica API y no desea aparecer en esta plataforma? “Si no quieres que se pueda acceder a tu información a través de nuestras API, puedes [desactivar todas las aplicaciones de la plataforma](#). Si desactivas la [plataforma](#) no podrás utilizar ningún juego ni aplicación.”⁵³³ Es por esto que, al inicio de este trabajo académico he planteado que las redes sociales digitales son mundos virtuales modernos necesarios para la interconectividad y para el ocio contemporáneo a la cual no se puede acceder sin ceder información.

Si el estándar admitido a nivel internacional dentro de los servicios de redes sociales digitales es la publicidad de perfiles, esto compromete, como se ha demostrado la protección a los derechos de privacidad, intimidad y a la protección de datos personales. Es importante reconocer que el conocimiento de la población general en materia de tecnología no avanza conforme crece el desarrollo de la misma. Es decir, que la brecha digital existente en la sociedad debe obligar a los proveedores de servicios que los conocimientos sobre las técnicas de uso de las redes sociales sean menos exigentes. Es más, la asimetría informativa de los medios técnicos empleados en la contratación obliga a que los proveedores limiten los perfiles y no los publiquen, de lo contrario sus actuaciones se derivarían en la violación a deberes secundarios de conducta que impera en la implosión de las nuevas tecnologías en virtud del cumplimiento de la buena fe.

La preocupación que se ha generado a través de la publicidad de los perfiles personales en redes sociales digitales fue manifestada por el Consejo de Europa en las recomendaciones planteadas sobre la protección de los derechos humanos en relación al uso de redes sociales digitales. A partir de la publicidad de los perfiles, el Consejo recomendó a los Estados que introduzcan a los usuarios al entendimiento de que los perfiles están

⁵³³ Facebook. Términos y condiciones de uso. *Graph API*. <http://developers.facebook.com/docs/reference/api/>

abiertos. De ahí que se haya dispuesto: “The default setting for users should be that access by third parties is limited to self-selected contacts identified by the user.”⁵³⁴

Asimismo, el Consejo de Europa planteó que son los usuarios quienes deben tomar decisiones informadas para permitir el acceso del público a sus perfiles, en particular si desean o no ser indexados a fin de aparecer públicamente en motores de búsqueda externos a las plataformas. Basado en esta premisa, el Consejo exhortó a los servidores que deben:

- 1) Informar a los usuarios las consecuencias de la publicidad de los perfiles,
- 2) Asegurar que los usuarios mantengan la facultad de limitar el acceso a sus datos personales, incluyendo la eliminación de la información de los archivos y de los motores de búsqueda;
- y 3) Ofrecer al usuario la posibilidades adecuadas y refinadas para permitir expresamente el acceso de terceros a sus perfiles.⁵³⁵

Como consecuencia, tomando en cuenta los riesgos a los derechos fundamentales del hombre a los que se exponen los usuarios de las redes sociales digitales, así como la asimetría informativa, es imperante que el principio general debe ser la no publicidad de perfiles, antes que la publicidad de los mismos con opción a configuración de privacidad.

3.1.3. Aceptación expresa de la cesión de derechos como cláusulas supervinientes a la celebración del contrato

Como se analizó en el Capítulo precedente, cláusulas contractuales dentro de los términos de uso en las redes sociales digitales parecerían restringir derechos fundamentales. Dentro de las cláusulas predispuestas se puede encontrar que el objeto de las mismas es la cesión de derechos y la concesión de licencias de uso de datos. El derecho a la autodeterminación informativa o la libertad informática es el derecho fundamental de todos los individuos a controlar el uso de los datos personales tratados o insertos en un programa informático. Este derecho otorga al usuario la posibilidad de ejercer la oposición a que

⁵³⁴ Consejo de Europa. Comité de Expertos en Nuevos Medios. *Draft Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the protection of human rights with regard to social networking services*. Fecha de acceso: 19 de enero del 2012. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/FINAL%20ADOPTED%20CDMC%20SOCIAL%20NETWORK%20ENGLISH%20CLEAN.pdf

⁵³⁵ *Ibíd.*

determinados datos personales sean utilizados para fines distintos que aquel legítimo que justificó su obtención o disponer sobre su transmisión,⁵³⁶ asimismo le permite al usuario controlar el acceso de terceras personas a la identidad informática de un individuo, es decir la no injerencia de terceros en su vida privada.

El almacenamiento indiscriminado de imágenes y la concesión de licencias de uso de imágenes viola el derecho a la protección de datos personales, por esto las cláusulas que versen sobre este contenido deben ser independientes y accesorias a la suscripción del servicio. El tratamiento de imágenes en redes sociales incita a que los usuarios utilicen a las mismas como dato de identificación personal y no como contenido de propiedad intelectual, es por esto que se le debe dar tratamiento de dato personal y proteger su seguridad. Si recordamos el estudio realizado sobre redes sociales en Carnegie Mellon University, la comunidad de usuarios de las redes digitales proveen toneladas de información al proveedor, de los estudiantes de CMU el 90.8 % de los perfiles contenían una imagen como dato identificable.⁵³⁷ De manera que se debe distinguir dos situaciones particulares frente a uso de imágenes, su protección como bien encuentra cabida en un derecho personalísimo, la protección de datos personales. El autor ya citado, Vicente Herce, señala que es personalísimo al ser un derecho de la personalidad y su potencial patrimonialidad recae sobre los derechos sobre bienes inmateriales; es decir que siempre va ligado a un derecho personal pero tiene un potencia patrimonial es por esto que se pueden atribuir derechos reales, como el caso de figuras públicas o de farándula.⁵³⁸

Si la persona, titular de la imagen obtuviera una reputación o renombre su imagen tendría una valoración económica y por consiguiente su imagen sería objeto del derecho de la publicidad. Volviendo al caso analizado Muhammad Ali vs. Playgirl Inc, en el que la corte ordena la suspensión de la distribución de revistas realizada por Independent con el retrato del boxeador basado en que la publicación de cualquier retrato, fotografía o nombre de cualquier persona hecha para propósitos de comercio debe contar con el consentimiento

⁵³⁶ Óp. Cit. Llaneza. Pág. 260

⁵³⁷ Óp. Cit. Gross, Ralph y Alessando Acquisti.

⁵³⁸ Óp. Cit. Herce de la Prada, Vicente. Pág.35

expreso del retratado y además tiene fundamento para iniciar acciones en contra de quien las usó si éste hubiera generado daños.⁵³⁹ Es imperante que el consentimiento expreso de los usuarios para el uso de sus propias imágenes se forme de manera real, de lo contrario el usuario podría alegar la oscuridad de las cláusulas, o que (bajo el derecho anglosajón) existe “*unconscionability*”, ya que desde el momento en que una de las cláusulas del contrato resulta ser desmesuradamente favorable para una de las partes y además demuestra una carencia de decisión y elección de la otra parte, ésta debe entenderse como no válida.⁵⁴⁰

La formación de la voluntad del usuario ha sido cuestionada a lo largo de este trabajo, debido a la intervención de mecanismos técnicos que transmiten la voluntad de los usuarios. El acto volitivo, o la decisión del usuario, debe haber sido ejecutado con el suficiente discernimiento, con la intención de obligarse y con la libertad debida, de tal manera que la predisposición interna ha de manifestarse o salir del fuero interno del contratante de manera seria, real y su finalidad única debe ser la de producir efectos jurídicos.⁵⁴¹ Es por esto que la exteriorización de la voluntad supone inequívocamente la declaración de la misma, en la que la declaración y la voluntad del usuario son coincidentes a fin de configurarse un todo que generará efectos jurídicos, de existir divergencias entre ambas podría recaer bajo el precepto de los vicios de la formación del consentimiento.⁵⁴²

El modo de actuar y de pensar de los usuarios se reduce a la determinación de elementos satisfactorios y no satisfactorios, cuya clasificación es difícil de determinar ya que las decisiones varían conforme las circunstancias particulares de cada usuario. Las investigaciones han sido concordantes y han sentado una base que determina que los términos que contienen los contratos de condiciones generales predispuestas o “*stand form contracts*” son elementos no satisfactorios en el momento de tomar decisiones.⁵⁴³ Esto es debido a la complejidad que presentan los contratos al momento de seleccionar el beneficio

⁵³⁹ Óp. Cit. Muhammed Ali v. Playgirl Inc.

⁵⁴⁰ Op. Cit. Radin, Margaret y otros.

⁵⁴¹ Óp. Cit. Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. Pág. 28

⁵⁴² *Ibíd.*

⁵⁴³ Óp. Cit. Korobkin, Russell. Pág. 1225

final del servicio. Así, mientras mayor cantidad de información conjunta se despliega en la pantalla, aumenta la complejidad en el momento de identificar una decisión y, asimismo, demanda un mayor esfuerzo cognitivo. Cuando el usuario se ve obligado a realizar un excesivo esfuerzo, la tendencia de los usuarios es tomar decisiones más fáciles -basadas en procesos de elecciones simples y menos estudiadas⁵⁴⁴, de ahí que no se lea con atención y claridad los términos y condiciones de uso de *websites* como las redes sociales.

La aceptación expresa de las cláusulas que versen sobre el uso de datos, no sólo que permita una formación de la voluntad real, sino que se configura como un mecanismo que permite conciliar la decisión informada de los usuarios y la obligación de información continua. El principio de aceptación expresa obliga a que la aceptación se de con una exteriorización de la voluntad, es decir con un *click* en ventanas que aparecen de manera autónoma con las cláusulas especiales. Si bien esto puede representar un costo para los proveedores en el sentido de inversión de tiempo y lectura de los usuarios en el contenido predispuesto, no se puede sacrificar derechos de los usuarios con el objetivo de reducir costos de la parte fuerte en la relación obligacional.

3.1.4. Prohibición de establecer cláusulas que permitan la modificación unilateral de los términos del contrato en materia que afecte a los derechos fundamentales.

La modificación unilateral de los términos contractuales ha sido reconocida a nivel internacional como cláusulas abusivas como se explicó en el Capítulo II. La esencia de las cláusulas abusivas ha sido la de crear un mecanismo protección a favor de la parte débil, el consumidor o usuario. Los contratos que se encuentran ejecutados de manera electrónica no minimizan en ningún aspecto la calidad de usuario o de consumidor, de ahí que no se pueda pretender que el poder negociador de Internet altere en gran medida los estándares internacionales sobre los mecanismos para proteger a los consumidores o usuarios. La modificación unilateral de los términos contractuales es una cláusula que pone en

⁵⁴⁴ *Ibíd.*

desequilibrio a las partes dentro del contrato, ya que son estipulaciones inequitativas que genera un perjuicio para los usuarios y establece la renuncia a sus propios derechos, como consecuencia pone a los usuarios en una situación económica inferior a la del proveedor.⁵⁴⁵

Cuando el usuario accede al servicio, éste contrata con los términos y condiciones que se le presentan el momento de crear su cuenta de perfil, es decir que las condiciones de uso en relación al uso de su información personal y de sus datos se presenta bajo ciertos parámetros para los que presta su voluntad. Al momento en que el usuario accede a un servicio, éste conoce cómo se utilizará su información y cuales son las condiciones de privacidad para su uso. Es necesario que el usuario encuentre garantía en que el servicio mantendrá los estándares aceptados a lo largo de la ejecución del servicio. La práctica habitual ha sido la de establecer cláusulas que permiten la modificación unilateral por parte del proveedor, éstas modificaciones pueden ser sobre cualquier contenido del contrato, sin distinción del objeto de la cláusula, es decir ya sea sobre cláusulas de prórroga de jurisdicción, sobre derecho aplicable, modos de uso del servicio, mecanismos de queja o sobre cláusulas cuyo objeto sea la cesión de datos o configuraciones de privacidad. Es decir a todo el contrato se permite una modificación unilateral de los términos.

Por otra parte, si se pretende modificar las condiciones de uso por parte de los proveedores, no se debe condicionar la notificación de la modificación a la suscripción a alguna página web en específico, sino que debe aparecer a todos los usuarios y éstos deben ser notificados, de lo contrario sería violación al principio de buena fe contractual y de suministro de información continua. Los cambios que se realizan sobre las cláusulas cuyo objeto es tratamiento de datos, privacidad o relativos al acceso a información personal no pueden variar sino es para ampliar el espectro de protección. Pero una modificación unilateral que pudiera restringirlos es ir en contra de los deberes accesorios de la contratación electrónica, violar el principio de buena fe y actuar en un ejercicio abusivo de su derecho.

⁵⁴⁵ Fernández Allende, Manuel. "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas, ilegales o inequitativas". Pág.232-237. En: Stiglitz, Gabriel (Director). *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires: 2001. Pág.236

Si recordamos sobre las cláusulas que contienen los contratos estudiados, Facebook y MySpace que señalan:

1. Podemos cambiar esta Declaración si te lo notificamos (mediante la publicación del cambio en la página Facebook Site Governance) y te ofrecemos la posibilidad de hacer comentarios. Para obtener notificaciones de los cambios futuros a esta declaración, visita nuestra página Facebook Site Governance y hazte fan.⁵⁴⁶

Como se vio en el Capítulo II, esta cláusula condiciona la modificación de los términos contractuales a la notificación mediante una página denominada Facebook Site Governance. Dispuesta en esta página la notificación, Facebook puede modificar las condiciones de uso. De este estudio se concluyó que la regla general aplicada en los términos, es que el proveedor podrá modificar el contenido siempre que notifique a través del sitio web y la excepción es cuando 7000 usuarios comenten sobre la modificación, se somete a votación y si gana el 30% de usuarios activos no se modifica. Actualmente, el número de fans de Facebook Site Governance es en total de 1'945.000 usuarios⁵⁴⁷ de 500 millones de usuarios⁵⁴⁸, que se reduce a un 0.38% de usuarios activos que conocen de las notificaciones a los cambios en las condiciones, haciendo que el alcance al 30% de usuarios sea casi inalcanzable.

Por otra parte se analizó lo que sucede con la política de uso de la red social MySpace que dispone, de manera más directa:

Periódicamente Myspace puede modificar su Política de privacidad para reflejar iniciativas de la industria o cambios legales, nuestra práctica en la recopilación y el uso de IIP, las características de los Servicios Myspace o tecnología; tales modificaciones tendrán vigencia desde el momento de su publicación por parte de Myspace en el Sitio web Myspace. Si, después de que Myspace publica una Política de privacidad revisada, usted continúa utilizando los Servicios Myspace, implicará su consentimiento a la Política de privacidad revisada.

⁵⁴⁶ <http://www.facebook.com/home.php#!/terms.php>

⁵⁴⁷ Facebook Site Governance.

http://www.facebook.com/fbsitegovernance?sk=wall#!/fbsitegovernance?sk=app_7146470109

⁵⁴⁸ S/A. BBC News Technology. *Facebook hits 500m user milestone*. "Social network giant Facebook has registered its 500 millionth member, the firm has announced." 21 de Julio del 2010. <http://www.bbc.co.uk/news/technology-10713199>

Así, la práctica de las redes sociales es la de modificar los términos de uso en lo referente a la privacidad de los usuarios a su discreción, obligando a que éste revise periódicamente los textos. Por otra parte, los supuestos de la contratación pueden variar espontáneamente sin que los usuarios conozcan del cambio, de ahí que mantengan las cuentas activas, sacrificando el pleno conocimiento sobre el tratamiento de sus datos. Analizados los estándares señalados por el IGF (Internet Governance Forum), que sentó la base que, las redes sociales no son *per se* las que erosionan la seguridad de los usuarios, si no los usuarios quienes dan un mal uso⁵⁴⁹. Debemos recordar que hubo posiciones antagónicas, en las que miembros del *Forum* sostuvieron que, aun siendo un tema de conducta humana, debe entrar a regular el derecho y la educación, de tal manera que la ley debe actuar no por restringir el ejercicio de ciertos derechos, si no de garantizar los mismos.⁵⁵⁰ Como consecuencia, precautelar la seguridad y privacidad de los usuarios deben considerarse bajo los lineamientos de los derechos humanos y no como excusa para censurar o filtrar contenidos de Internet.⁵⁵¹

Los lineamientos para proteger los derechos humanos debe entenderse en virtud de qué derechos consideran los usuarios pueden estar potencialmente vulnerados. Frente a esto debemos recordar la encuesta realizada a los usuarios por la Federal Trade Commission, cuyas conclusiones arrojaron que el uso indiscriminado de datos genera preocupación en los usuarios. Asimismo, los consumidores presentan más dudas sobre el tratamiento de la información en sitios web que en sitios territoriales⁵⁵², es decir que los usuarios sienten que los derechos potencialmente vulnerables son la privacidad y la protección de datos personales. Frente a las preocupaciones sobre la privacidad de los usuarios en Internet, el Reporte recogió cinco principios fundamentales aceptados en cuanto a las prácticas sobre el tratamiento de la información: a) *Notice/Awareness*, b) *Choice/Consent*, c) *Access/*

⁵⁴⁹ Óp. Cit. Drake William Ed. Internet Governance Forum. Pág.53

⁵⁵⁰ *Ibíd.* Pág.53

⁵⁵¹ *Ibíd.* Pág.54

⁵⁵² Óp. Cit. Federal Trade Commission (Estados Unidos). *Report to the Congress* 1998. Pág. 3

Participation, d) *Integrity/security*; y e) *Enforcement/Redress*.⁵⁵³ He vuelto a mencionar estos principios porque a continuación presentaré como la prohibición de la modificación unilateral de las condiciones y términos de uso de redes sociales se presenta como mecanismo de dar seguridad y confianza a los usuarios.

El usuario debe tener conciencia de qué información se va a recopilar, qué entidad tendrá acceso y de qué manera, esto mantiene la integridad y confidencialidad del tratamiento de su información. Si los términos contractuales se modifican, esta conciencia se ve minimizada porque el usuario no tiene mecanismo certero de conocer los cambios realizados en las políticas de privacidad. Asimismo, el consentimiento y el derecho a escoger de los usuarios es imperante a fin de conocer los tratamientos primarios y secundarios que se dará a su información personal, de manera contraria, la modificación unilateral de las cláusulas reduce la capacidad de consentir para la implementación de nuevas prácticas y tratamiento de sus datos. La modificación unilateral de las condiciones de uso y políticas de privacidad no es un mecanismo accesible y fácil que permite al usuario informarse a fin de tomar decisiones relevantes relacionadas al tratamiento de sus datos.

Por otra parte, los *Lineamientos para la regulación de archivos con datos personales computarizados* (Lineamientos de la ONU) adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁵⁵⁴ señalan que el tratamiento de datos debe cumplir con ciertos principios como la especificación de propósitos y principio de finalidad, reconocido en el Art.3. Los propósitos de recolección y la finalidad por la que se recogen los datos deben ser permanentes. Sin embargo, la modificación unilateral de las condiciones de uso podría modificar la finalidad o los propósitos de la recolección, situación que perjudica al usuario.

La prohibición de modificación unilateral debe aplicarse a cláusulas cuyo objeto sea el tratamiento de información personal a fin de encontrar mecanismos de protección a los

⁵⁵³ *Ibíd.* Pág. 7. Los lineamientos son: a) noticia/conciencia b) decisión/consentimiento, c) acceso/participación, d) integridad/seguridad y e) refuerzo/direccionamiento.

⁵⁵⁴ *Óp. Cit.* Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 45/95. *Guidelines for the regulation of computerized personal data files.*

derechos humanos de los usuarios, que permita a los mismos conocer cómo se tratará sus datos. No sólo que es un mecanismo de efectivizar las prácticas leales aplicadas al tratamiento informatizado de datos, sino que su aplicación recae en el ámbito de las cláusulas abusivas dentro de la contratación electrónica, que además evidencia la posición de desequilibrio en la que se encuentra el usuario frente al proveedor. Así, la prohibición de establecer cláusulas que permitan la modificación unilateral de términos y condiciones es el reconocimiento de la buena fe contractual inherente a los negocios jurídicos.

3.1.5. Prohibición de establecer un pacto de sumisión global: principio *in dubio pro usuario*

Como se analizó en el Capítulo I, uno de los grandes retos jurídicos que plantea los contratos celebrados por medios electrónicos es la determinación de la jurisdicción. La globalidad de la web y el alcance mundial de los servicios prestados *online* comprende una multiplicidad de jurisdicciones determinadas por la voluntad de las partes a través de las condiciones predispuestas. Las jurisdicciones aplicables a las relaciones contractuales son aquellas determinadas unilateralmente por los proveedores de servicios, como el Estado de California que determina la red social Facebook o sometimiento a la jurisdicción del Estado de New York como establece dentro de los términos y condiciones de uso de la red social Myspace. De estos ejemplos se desprende que la práctica usual de los servidores de redes sociales en Internet es el de establecer cláusulas de prórroga de jurisdicción, a la misma que debe someterse el usuario.

Si bien en Estados Unidos se ha sentado la base de la prórroga de jurisdicción *in personam* a los servicios *online*, sentado en el caso *Publications International vs. Burke/Triolo Inc.* en el estado de Illinois (2000), la prórroga se aplica cuando existe un contacto activo entre el servidor y los usuarios. El nivel de interactividad dependerá de la naturaleza comercial que mantiene el operador del servicio con los ciudadanos de una determinada jurisdicción. Los contactos deben ser continuos y sistemáticos, así demostrarse que el servicio prestado online tiene efectos directos en la jurisdicción a la cual se pretende prorrogar. Tal y como se analizó en el caso *Arista Records v. Sakfield Holding Company* (2004), se prorrogó la competencia de los tribunales del Distrito de Columbia para

sancionar a Sakfield radicada en España, quien ofrecía servicios de descarga de archivos musicales a través de *puretone.com*. La prórroga se fundamenta en los contactos activos de *puretone.com* con ciudadanos del D.C. La descarga de archivos musicales sin licencias autorizadas de explotación por parte de ciudadanos del D.C. fundamentó la prórroga de la competencia a favor de los jueces del Distrito. Sin embargo, en los casos en los que el operador únicamente ha ofrecido información en el sitio web y es accesible para personas de diferentes jurisdicciones, siendo un sitio pasivo no constituye un fundamento para aplicar la jurisdicción en razón de la persona, asimismo con aquellos sitios web de interactividad media. El estándar aplicado a la jurisdicción *in personam* no permite la prórroga de competencia de sitios web que hayan afectado a ciudadanos de otra jurisdicción sino es bajo la condición de sitios web con puntos de contacto activos.

Las redes sociales digitales no siempre tienen la interactividad comercial como presupuesto para la prórroga de competencia *in personam*, de manera contraria son más bien sitios pasivos o de interactividad media cuya jurisdicción siempre será aquella señalada en el contrato. Por ejemplo en el caso *Brower vs. Gateway 2000 Inc*, (1998). Gateway 2000 ofrecía, a través de venta directa vía telefónica o electrónica, productos para computadoras y *software*. La práctica usual de Gateway 2000 Inc, era la de enviar el producto al domicilio de los consumidores con un folleto impreso titulado “Términos y Condiciones del Contrato” dentro del cual se establecía la cláusula de fijación exclusiva de un tribunal arbitral conforme a las normas de conciliación y arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. Los consumidores alegaron que la cláusula arbitral sería inválida, “*unconscionable*” y que no podría obligar a los consumidores a acudir a un tribunal arbitral, debido a los costos excesivos para acudir al tribunal, costos de conocimiento de las normas de la Cámara, acudir a los tribunales en otro país, así como la capacidad mínima de pago de costas con las que contaban los consumidores.

Margaret Radin, criticó la postura que tomó la corte en este caso al considerarse a la cláusula arbitral como válida y como obligatoria por el efecto del contrato. Radin considera que en el caso *Brower v. Gateway 2000, Inc*. debieron declarar la cláusula de arbitraje sin efecto debido a los costos del proceso de un consumidor individual, además de que es la

evidente configuración de “*unconscionability*” desde el momento en que una de las cláusulas del contrato resulta ser desmesuradamente favorable para una de las partes y además demuestra una carencia de decisión y elección de la otra parte.⁵⁵⁵ La falta de decisiones conscientes que realiza el usuario el momento de adquirir un servicio online como las redes sociales tiene que ver directamente con el concepto de “ignorancia legítima” o “*bounded rationality*”, situaciones que afectan directamente a la aceptación de cláusulas de prórroga de competencia.

La prórroga de competencia reporta para los usuarios acudir a cortes internacionales y a jurisdicciones extranjeras, cuyo costo es muy alto, peor cuando se trata de usuarios a nivel mundial. Es decir, que un usuario de redes sociales cuyo domicilio es Ecuador, y se siente afectado por su proveedor de servicios debe acudir a Estados Unidos (en los particulares de Facebook y MySpace). El acceso a la jurisdicción competente supone costos altísimos en los que se debería considerar: tiempo para obtener una cita en la embajada correspondiente en el caso de ser imperante la obtención de una visa (que podría resultar negada y el usuario afectado no podrá iniciar acción alguna), gastos de viaje (pasaje aéreo, hospedaje, alimentación, seguro de vida), información sobre los procesos civiles, contratación de un abogado acreditado en el Estado competente, tiempo en país extranjero, entre otros rubros. Por otra parte, existe una elección de jurisdicciones donde el derecho doméstico les es más favorable al proveedor de servicios o contiene estándares mínimos de protección al usuario. De aquí que hay el juego de la radicación de servidores en países con bajos niveles de exigencias o estándares de seguridad.

La sumisión global perjudica al usuario en el sentido que los proveedores de servicios, quienes tienen el poder económico en la relación, están en mayores posibilidades de obtener soluciones favorables. Esto es por varias razones, el proveedor conoce la ley del lugar de manera clara, conoce las consecuencias jurídicas sobre cada presupuesto, y maneja los mecanismos de defensa de su localidad. Cuando si nos detenemos a observar, la probabilidad de que proveedores de servicios online accedan a jurisdicciones internacionales es mayor que viceversa.

⁵⁵⁵ Óp. Cit. Radin, Margaret y otros. Pág. 895

Es también importante señalar que el sometimiento de los servidores a varias jurisdicciones debido a la globalidad del servicio prestado, también reportaría costos altísimos para éstos. Es por esto que es pertinente determinar cuál sería el mecanismo adecuado para encontrar un equilibrio entre las partes sin que una de las mismas deba someterse a la jurisdicción de la otra de manera global. Un mecanismo que podría considerarse es el de establecer supuestos de prórroga por materia. Es decir que si el conflicto versa sobre violación a la protección de datos personales, uso de imágenes o de información relativa al usuario se debe proteger el interés del afectado por lo que la jurisdicción deba prorrogarse a la del usuario. Asimismo, cuando el usuario se sienta afectado en materia de su privacidad o intimidad debería poder acudir a su propio Estado como garante de sus derechos fundamentales. Por otra parte, los Estados deben ofrecer a los usuarios un medio de defensa de derechos fundamentales en el caso de violaciones *online*. Es decir un mecanismo adecuado, con reducción de costos, que permita a los usuarios de otros países acceder y no quedarse bajo el supuesto de la indefensión.

3.2. Propuesta para la recopilación de datos en bancos de datos informatizados que tienen como fuente un contrato electrónico de adhesión: Principio de tratamiento de información no personal

Este acápite es la propuesta en lo que respecta al tratamiento de datos personales que obtienen las redes sociales digitales. El tratamiento de datos parte de la recopilación y la capacidad de almacenamiento de los proveedores. En lo que respecta a la recopilación se hará una propuesta de qué datos deben ser permitidos signados como datos obligatorios y cuáles no, asimismo se hará una propuesta de qué datos pudiera almacenar o no los proveedores en sus plataformas. Es necesario que se haga una estructuración y diferenciación de datos personales, datos de carácter personal y datos comerciables, porque no sólo la divulgación sin consentimiento es una forma de violación a los derechos personales, ya que el uso indiscriminado de la información personal parte desde la recopilación, de manera que se debe regular las formas de recopilar, la capacidad de

almacenamiento de la información, categorizar la misma a fin de proteger la voluntad real de los usuarios.

En el Reino Unido se ha propuesto una guía para diferenciar cuándo la información recae dentro del ámbito de información personal, esto a fin de esclarecer que datos se encuentran al amparo de la legislación cuyo objeto de protección es los datos personales (Data Protection Act de 1998, Directiva 95/46/EC European Data Protection Directive).⁵⁵⁶ La guía propone una diferenciación de información basado en los siguientes parámetros: 1) ¿El dato o la información en posesión de la persona, o que pudiera estar en posesión, hace a una tercera persona identificable? An individual is 'identified' if you have distinguished that individual from other members of a group. In most cases an individual's name together with some other information will be sufficient to identify them. 2) ¿La información recopilada de una persona identificable, permite relacionarlo con un árbol familiar o profesional? 3) ¿La información obtenida de una persona identificable está vinculada a información especial de un particular? 4) ¿La información tiene una significancia biográfica en relación al individuo? 5) ¿La información afecta o podría afectar en la persona, ya sea personal, familiar o profesionalmente?⁵⁵⁷

Asimismo, el Departamento de Comercio de Estados Unidos, a través del Instituto Nacional de Estándares y Tecnología, ha desarrollado una guía de recomendaciones sobre cómo proteger la confidencialidad de la información de identificación personal (PII, por sus siglas en inglés Personally Identifiable Information)⁵⁵⁸ que se almacena en depósitos públicos. Sin embargo, de este informe se ha obtenido un concepto muy claro sobre qué información es de carácter personal y cómo se puede diferenciar de información corriente.

⁵⁵⁶ Information Commissioner's Office (Reino Unido). *Data Protection Technical Guidance Determining what is personal data*. http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/detailed_specialist_guides/personal_data_flowchart_v1_with_preface001.pdf. Fecha de acceso: 23 de enero del 2012.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ McCallister, Erika, Tim Grance y Karen Scarfone. National Institute of Standards and Technology. U.S. Department of Commerce. *Guide to Protecting the Confidentiality of Personally Identifiable Information (PII)*. National Institute of Standards and Technology Special Publication 800-122. Fecha de publicación: Abril del 2010. <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-122/sp800-122.pdf> Fecha de acceso: 25 de enero del 2012.

La Información de identificación personal se puede concebir dentro de un espectro muy amplio ya que puede ser desde el nombre de una persona hasta elementos o rasgos físicos de un individuo. La PII es cualquier información sobre un individuo que conserva una agencia que puede incluir 1) información que puede ser utilizada para distinguir o diseñar la identidad de un individuo como el nombre, número de seguridad social, fecha y lugar de nacimiento, apellidos, registros biométricos; y 2) Cualquier otra información con la que se pueda vincular a un individuo como información médica, educativa, financiera o laboral.⁵⁵⁹

La variabilidad de datos de carácter personal además de los ya mencionados pueden ser: números de identificación personal, dirección del domicilio, regular o correo electrónico, información activa como número de IP, cualquier hipervínculo directo a una persona o cualquier identificador persistente, números de teléfono incluyendo telefonía móvil, características personales incluyendo imágenes o retratos, geometría facial, información relacionada a la propiedad de los usuarios, o información que pueda vincularse a las personas o la información de otra persona como raza, lugar de nacimiento, religión, información educativa o financiera, indicadores geográficos o actividades que se pudieran asociar a personas determinables.⁵⁶⁰

Desde el momento en que los usuarios deciden hacer de las páginas web un lugar de interacción entre individuos empieza éste a ser un medio de intercambio de información personal. Los usuarios de redes sociales digitales utilizan a estos medios como mecanismos de interconectividad en el que depositan (sin tener conciencia) toda su información personal. Toda la información descrita en el párrafo anterior es almacenada en la plataforma de los proveedores sin distinción de la sensibilidad de la información o algún otro parámetro de impacto. Además que permite que terceros beneficiarios utilicen esta información con fines publicitarios, de ahí que las directrices señaladas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos haya recomendado que las instituciones que se dedican al tratamiento de la información deben identificar mecanismos de acceso y de locación de Información de Identificación Personal. La directriz señala que las

⁵⁵⁹ Ibíd. Pág.1

⁵⁶⁰ Ibíd. Pág.2-2

organizaciones deben tomar en cuenta la naturaleza del acceso que tienen terceros a la información personal, ya que cuando se puede acceder a PII frecuentemente o el acceso es permitido a terceras personas, así como cuando la información puede ser transmitida fuera de la página web, existe una mayor posibilidad de comprometer la confidencialidad de la PII.

Los proveedores de servicios deben otorgar mecanismos de distinción de información que se puede permitir acceder a terceros de fuera de la plataforma. Así, como es importante que el registro de información obligatoria se reduzca a datos que no hacen a una persona identificable. Por otra parte, es importante que el proveedor no pueda almacenar toda la información a la que tiene acceso a fin de no vulnerar derechos fundamentales. Por ejemplo, en la red social Facebook.com el proveedor dentro de sus condiciones predispuestas dispone toda la información a la que tiene acceso y obtiene:

También recibimos otros tipos de información sobre ti:

- Recibimos datos sobre ti cuando interactúas con Facebook, como cuando miras el perfil de otra persona, envías un mensaje a alguien, buscas una página o a un amigo, haces clic en un anuncio o compras créditos de Facebook.

- Cuando publicas cosas como fotos o videos en Facebook, es posible que recibamos información adicional (o metadatos) como la hora, la fecha y el lugar donde tomaste la foto o el video.

- Recibimos datos del computador, celular u otro dispositivo que uses para acceder a Facebook. Estos datos pueden incluir la dirección IP, la localización, el tipo de navegador que usas o las páginas que visitas. Por ejemplo, podemos obtener tu localización de GPS para decirte si alguno de tus amigos está cerca.

Toda la información a la que tiene acceso el proveedor permite la identificación de una persona si tomamos en cuenta las guías presentadas por el gobierno de Reino Unido, la información descrita anteriormente: 1) todos los datos obtenidos por la red social hacen a una persona identificable, es decir es individualizada de un todo ya que toda la información que obtiene sumado a la información que siempre es pública (Nombre del usuario) hacen identificable a la persona, 2) Facebook conoce la red de amigos a la pertenece un usuario, es decir es fácilmente identificable dentro de un grupo determinado o árbol común 3) toda la información es vinculable a un particular en especial, ya que se conoce las fotografías, el

lugar de captura, fecha, lugar, además se suma a un número de identificación personal (dirección de IP, Internet Protocol), localización del IP, registro de actividades *online* 4) Es evidente que la información tiene una significancia biográfica, no sólo porque se conoce el círculo de amigos de un individuo sino que almacena vídeos y fotografías que registran actividades y movimientos personales; y) la capacidad de almacenamiento en las plataformas de los proveedores y la facilidad de registro de movimientos en virtud de la tecnología, es una potencial violación a la intimidad de las personas ya que toda la información recopilada y almacenada permite crear una historia lineal e ininterrumpida de la vida de los usuarios.

Es por esto que los datos que almacenan en las plataformas los proveedores de servicios de redes sociales digitales deben ser necesariamente clasificados en datos a los cuales puedan acceder terceras partes beneficiarias, datos que no son accesibles, una clasificación que diferencia datos obtenidos de datos almacenados.

- Datos accesibles al público y a terceros beneficiarios
- Datos no accesibles a terceras partes
- Datos que se pueden obtener
- Datos obtenidos almacenables

Esta clasificación comportaría que no todos los datos e información a la que puede acceder el proveedor de redes sociales digitales son almacenables. Por ejemplo, los datos sensibles que pertenecen únicamente a la intimidad del usuario como publicaciones hechas en el perfil, actualizaciones de estados personales, relaciones sentimentales, visita en lugares o actualizaciones relacionadas a la sexualidad o religión son datos que no serían almacenables ya que, la información no pertenece más que a la propia persona.⁵⁶¹ Asimismo la información sensible de los usuarios Si retomamos el concepto de datos sensibles que se analizó en el capítulo I, el carácter de “sensible” de los datos es debido a que estos datos se pretende mantener fuera de la esfera pública, de ahí que la excepción a los datos sensibles es cuando el titular de los mismos decide exponerlo a la luz pública. Si

⁵⁶¹ Óp. Cit. Pierini. Pág.26

bien son los usuarios los que incluyen en sus perfiles información de sí mismos, es importante resaltar que este acápite es un principio aplicado a los proveedores, ya que, como se mencionó, el almacenamiento indiscriminado de información es una forma de violación al derecho a la protección de datos. Es importante que se tome en cuenta parámetros o criterios de valoración a los datos a fin de identificar qué datos se pueden almacenar y cuales no.

Además de clasificar la información en aquella que pueden o no almacenar las redes sociales digitales es imperante que las redes sociales permitan la eliminación inmediata de información y no retarde el proceso de eliminación de perfiles. Por ejemplo, en Facebook.com desactivar una cuenta no tiene el efecto de cancelación o eliminación sino que:

Una cuenta desactivada queda en espera. El resto de usuarios ya no podrán ver tu perfil, pero no eliminaremos tu información. Al desactivar una cuenta nos estás pidiendo que no eliminemos la información porque piensas volver a activar la cuenta más adelante.

Por otra parte, la desactivación de una cuenta no es lo mismo que cuando el usuario la elimina. Una de las modificaciones que realizó la red social Facebook fue la de incorporar un plazo de eliminación de información, que considero que respeta a los derechos de los usuarios, dispone:

Cuando eliminas una cuenta, se borra de forma permanente de Facebook. Normalmente tardamos aproximadamente un mes en eliminar una cuenta, pero puede quedar información en las copias de seguridad y los registros durante hasta 90 días. Sólo deberías eliminar tu cuenta si estás seguro de que nunca querrás volver a activarla.⁵⁶²

En virtud del uso de redes sociales, el Comité de Ministros de la Comunidad Europea recomendó a los estados miembros, en cooperación con el sector privado y la sociedad civil que se deben promover y desarrollar estrategias que protejan y promuevan el respeto por los derechos humanos en relación al uso de las redes sociales digitales, especialmente aquellos como el respeto a la vida privada y libertad de expresión en relación a la

⁵⁶² <http://www.facebook.com/about/privacy/your-info#deleting>

Convención Europea sobre la protección de los individuos sobre el procesamiento automático de datos personales⁵⁶³. Las recomendaciones del Consejo se centran en establecer un compromiso con los proveedores de servicios de redes sociales digitales en mantener estándares de actuación como:

- 1) Proveer y facilitar a los usuarios de redes sociales un ambiente que ofrezca oportunidades para el ejercicio de sus derechos y libertades;
- 2) Aumentar la conciencia de los usuarios a través de términos claros y entendibles, sobre los posibles riesgos de los derechos humanos y la manera para evitar un impacto negativo en los derechos fundamentales al utilizar el servicio;
- 3) Proteger a los usuarios de un posible daño sin limitar la libertad de expresión y el acceso a la información;
- 4) Favorecer a los usuarios la transparencia debida sobre el tratamiento de datos y abstraerse del tratamiento ilegítimo del procesamiento de información personal.
- 5) Asegurar el acceso de personas con discapacidad al sitio web a fin de promover la integración y la participación en la sociedad.⁵⁶⁴

Lo fundamental para proteger los derechos fundamentales de los usuarios es que los proveedores de servicios en línea no abusen de su posición dominante frente a usuarios que probablemente no entienden totalmente el uso de los ordenadores. Es imperante que el mundo virtual reconozca los principios y los derechos de las personas y usuarios para que exista un paralelismo de situaciones, de lo contrario podríamos entrar en un mundo virtual sin protección de derechos, un lugar donde se perdió no sólo los límites de tiempo y espacio, sino que también se pierde el límite de los derechos de terceros.

La formulación de los términos y condiciones de uso no puede realizarse de manera discrecional, y si esta discrecionalidad genera desequilibrios desmesurados, debe entrar a regular el derecho. El contrato se ha convertido en un mecanismo que

⁵⁶³ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.

⁵⁶⁴ Consejo de Europa. Comité de Expertos en Nuevos Medios. *Draft Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the protection of human rights with regard to social networking services*. Fecha de acceso: 19 de enero del 2012.

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/FINAL%20ADOPTED%20CDMC%20SOCIAL%20NETWORK%20ENGLISH%20CLEAN.pdf

legítima la obtención indiscriminada de datos e información personal, asimismo permite un procesamiento exponencial. Es importante que en virtud de la buena fe contractual y en miras de la promoción y protección de los derechos humanos, los proveedores de redes sociales digitales a nivel global armonicen las condiciones predispuestas y faciliten el uso de las redes, así como es imperante que los proveedores de servicios favorezcan un ambiente virtual adecuado a fin de que los usuarios puedan tomar decisiones conscientes, más aun cuando sus derechos se podrían ver vulnerados.

4. Conclusiones

El comportamiento usual de los proveedores de servicios de redes sociales digitales se enmarca dentro de la práctica de la autorregulación de las partes, prevaleciendo el principio de autonomía de la voluntad. El contrato se configura con la predisposición de los términos contractuales realizadas por los proveedores como parte fuerte dentro de la relación obligacional. Como consecuencia, al ser los usuarios la parte débil, se ven en la obligación de aceptar los términos previamente redactados, ya sea con actos positivos de voluntad como la pulsación de un *click* o a través de hechos conducentes a la voluntad como descargas de software o uso de un *website*. En este trabajo académico se ha estudiado la incidencia de los medios electrónicos en la contratación, asimismo se ha estudiado los efectos de la contratación electrónica en la protección de los derechos humanos. Por otra parte se ha discutido los efectos negativos de la autorregulación de los contratos de adhesión electrónicos en el sentido que se ha incurrido en el uso común de cláusulas abusivas y prácticas contrarias al orden público –económico y jurídico- y a la buena fe contractual. Partiendo de esta premisa se concluye que los términos y condiciones de uso expuestos en la contratación electrónica deberían ser regulados por el derecho por el efecto del dinamismo social y económico generado por las nuevas tecnologías de comunicación e información.

La imposición o propuesta de un marco regulatorio aplicable a los contratos de acceso a redes sociales digitales podría concebirse como un atentado a la libertad contractual. Sin embargo, la autonomía de la voluntad no debe ser entendida de manera absoluta sino como un principio. Principio que se encuentra limitado por el interés superior a fin de armonizar la disparidad de intereses. Las limitaciones como el orden público y las buenas costumbres deben enmarcarse dentro del régimen contractual, de lo contrario por el efecto de autorregulación la parte fuerte del contrato terminaría imponiendo conductas abusivas a la otra parte afectando su propia libertad individual. La regulación de las redes sociales permitirá el equilibrio entre fuerzas dispares que son partes contractuales.

Debido a la falta de regulación especial, el tratamiento de los datos se enmarca dentro de la esfera de la autorregulación permitiendo que fuerzas comerciales demanden la obtención de información personal y procedan a su almacenamiento o divulgación. Es por esto que la elaboración de políticas de uso pueda ser abusiva, que se permita imponer conductas que resultan gravosas para la parte débil, como las que permiten la recopilación indiscriminada de datos, la renuncia al control directo de información o sobre el tratamiento de imágenes. Situaciones contrarias al orden público, la equidad y la buena fe, debiendo entenderse a las cláusulas abusivas como como presupuestos antijurídicos materialmente.

Si bien por el hecho de la libertad contractual las partes están en facultad de regular sus intereses, el derecho debe devolver a las partes a la situación de equilibrio económico o de componer el problema creciente de la asimetría informativa. De ahí que la aparición de la tecnología y la creciente celebración de negocios jurídicos en el mundo virtual obliga a que el derecho se actualice por su carácter propio del dinamismo. Es por esto que se propone que se deba exigir de los proveedores una conducta debida que no constituya deberes accesorios a la obligación contractual, sino que sea un reconocimiento internacional basado en la buena fe y probidad contractual. Entendiéndose a la buena fe como fuente de integración contractual que supone la complementariedad de ciertos supuestos a los postulados convencionales, como deberes accesorios que podrían resultar propios de la naturaleza de los contratos que se celebran en la modernidad.

Se ha evidenciado que a través de postulados contractuales se puede poner en riesgo derechos fundamentales de los usuarios a través de formulas que contienen la legitimación de obtención a través de campos obligatorios, *online profiling*, *marketing online*, reconocimiento de rasgos faciales, almacenamiento de datos sin consentimiento, activación de *cookies*, rastreo IP, u otras funciones que utilizan las redes sociales. El mercado pone a los usuarios en posición débil debido a los altos valores que tiene la información en el mercado actual; los usuarios se configuran en otorgantes de licencias de uso sobre sus propios datos personales, generando derechos a favor de terceros beneficiarios. Se podría decir que las relaciones contractuales de acceso a redes sociales utilizan un mecanismo de pago moderno, la cesión de datos personales a cambio de un servicio de interconectividad.

Esta posición dominante en el mercado puede resultar en la violación a derechos fundamentales.

El reconocimiento doméstico de los derechos fundamentales en las Constituciones y el reconocimiento internacional de derechos humanos a través de tratados internacionales presenta una problemática: ¿qué sucede si un Estado no ratifica un tratado internacional generador de derechos humanos? ¿Qué sucede si uno de los derechos fundamentales que ha sido presuntamente vulnerado no es reconocido por la Constitución de un determinado Estado? A partir de estos interrogantes se puede concluir que es necesario reconocer otras fuentes de derechos humanos además de la Constitución y los tratados internacionales. Una solución a la carencia de fuentes generadoras es la de establecer principios internacionales sobre derechos humanos en la medida que se vuelvan fuente directa de los ordenamientos jurídicos. El fundamento que sustenta la teoría de los principios generales como fuente es que desde el momento que un Estado no ratifica o adhiere a un tratado internacional o desconoce a través de normativa interna un derecho fundamental, éste estando reconocido a través de principios generales del derecho internacional, subsistirá.

Por otra parte, si dentro del ordenamiento jurídico nacional se iguala jerárquicamente los tratados de derechos humanos a la normativa de producción nacional, existiría un conflicto sustancial de normas de igual jerarquía:

As a consequence, international human rights prescriptions derived from customary law, or, in the language of Art. 25 of the German Basic Law, from a general rule (or principle) of international law, would be protected against derogation by a conflicting domestic statute much more effectively than provisions of human rights treaties.⁵⁶⁵

Así, el Art.25 de la Constitución Federal Alemana reconoce a los principios generales del derecho internacional público como un precedente legal obligatorio y fuente creadora directa de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Alston, Philip. *The sources of human rights law: Custom, jus cogens, and general principles*. The international library of essays in law and legal theory. Human Rights Law. Pág.7

⁵⁶⁶ Basic Law for the Federal Republic of Germany (Alemania). Promulgated by the Parliamentary Council on 23 May, 1949. Art.25: Article 25 (Public international law and federal law): The general rules of public

En materia de derechos humanos, como en otras ramas del derecho, la celebración de tratados internacionales es parte de la potestad discrecional de una función del Estado⁵⁶⁷, así esta discrecionalidad adopta o no un tratado. Puede suceder que el contenido del tratado que se ha ratificado resulte insatisfactorio, o bien muchas veces puede ser el caso de que no existe tratado alguno a nivel internacional que verse sobre algún contenido específico generándose inseguridad, sobre todo cuando los Estados pretenden sancionar las mismas conductas. Es de esta premisa que se expone la necesidad de buscar fuentes adicionales dentro del derecho internacional de los derechos humanos.⁵⁶⁸ Es necesario que se reconozca en el ordenamiento jurídico internacional las obligaciones derivadas con respecto al respeto de los derechos humanos, de tal manera que su cumplimiento efectivo no imponga, ni presuponga, el reconocimiento estatal de cada uno de los países y su posible vulneración no se justifique en la carencia de un tratado internacional que verse sobre “ese derecho” o bien en el “no reconocimiento constitucional”.

En el voto particular del Magistrado Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la sentencia de inconstitucionalidad 209/2000 del Tribunal Constitucional Español manifiesta que: “el reconocimiento y protección de nuevos derechos fundamentales es un cometido importante de la jurisdicción constitucional, la cual, con esta ampliación de su tutela, facilita la permanencia durante largo tiempo de las Constituciones.⁵⁶⁹” El problema surge cuando los derechos fundamentales se ven afectados por relaciones jurídicas internacionales entre personas privadas y se ve la necesidad de aplicar ordenamientos jurídicos diversos sin un reconocimiento equivalente entre éstos. Es el problema esencial que plantea Internet y las relaciones interpersonales generadas a través de la autopista de la información: la jurisdicción y los problemas de extraterritorialidad. En el caso del

international law form part of the Federal law. They take precedence over the laws and directly create rights and duties for the inhabitants of the Federal territory.

⁵⁶⁷ Óp. Cit. Convención de Viena. Art.7

⁵⁶⁸ Óp. Cit. Alston. Traducción de: “However, in human rights as in any other branch of the law, participation in treaties is at discretion of States, the substance of the relevant treaties if often unsatisfactory and sometimes there simply is no treaty around. Thus the need for additional sources of international human rights law.” Pág. 28.

⁵⁶⁹ Amadeo Gadea, Sergio Luis. *Informática y Nuevas Tecnologías. Sentencias dictadas por los tribunales españoles*. Editorial Muriel S.A. Madrid: 2001. Amadeo. Pág.178

comercio electrónico las relaciones comerciales se dan, esencialmente *inter absentes*. El oferente puede encontrarse en Belice, mientras el aceptante en Hong Kong. En el caso de que existiera un conflicto que nace de esta relación jurídica ¿qué derecho es aplicable? ¿Cuál es la jurisdicción competente? Los problemas de la extraterritorialidad de Internet obligan a generar nuevas fuentes a nivel supranacional que permita la armonización de los ordenamientos jurídicos, más aún de los que versen sobre derechos humanos.

La diversidad jurídica existente a nivel mundial es un hecho, así como el fenómeno informático. Esta situación global que enmarca a diferentes jurisdicciones debe encontrar un punto de conciliación a fin de armonizar los estándares de protección a los derechos humanos, sobre todo en materia del tratamiento responsable de datos informatizados, el respeto al derecho a la intimidad y a la privacidad. Por el hecho de haberse remitido su regulación a la normativa de producción interna, la diversidad no solo normativa sino de estándares mínimos de seguridad no reporta un nivel de confianza máximo en los consumidores y usuarios.⁵⁷⁰ Desde el momento que intervienen actores de diferentes países se desconfigura la estandarización de protección de los datos y el derecho a la intimidad en sistemas electrónicos de comunicación. Adicionalmente, al ser Internet una red global que no tiene barreras físicas ni sustanciales, las regulaciones que sobre ésta recaigan deben aplicarse desde un plano supranacional. Es entonces cuando se encuentra el fundamento de reconocer a los principios generales del derecho internacional como fuente de los derechos fundamentales.

*Turning from possible doctrinal views to the jurisprudence of the International Court of Justice and reviewing those judgments in which human rights issues have been addressed, we see that the Court, too, has unambiguously accepted that the obligation to respect human rights is an obligation under general international law.*⁵⁷¹

Si la obligación de respetar los derechos humanos nace de una obligación reconocida como principio general de derecho, el reconocimiento internacional de los derechos

⁵⁷⁰ Fried, Jonathan T. *Derecho de la Información: Acceso y Protección de la información y datos personales en formato electrónico*. 57º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano. CJI/doc.25/00 rev.1. 26 de febrero al 9 de marzo de 2007. Pág.30

⁵⁷¹ Óp. Cit. Alston. Pág.26

fundamentales puede encontrar cabida dentro de los principios generales, más aún cuando un problema tiene trascendencia global sin la aplicación de una jurisdicción extraterritorial.

[...] la mayoría de los Estados se oponen a la aceptación de medidas extraterritoriales, que contradicen o debilitan las leyes o políticas nítidamente enunciadas de otro Estado que está ejerciendo la jurisdicción territorial concurrente sobre la misma conducta. Posiblemente puede existir la necesidad de encontrar nuevas formas para tratar de temas relacionados a la jurisdicción del Estado, de enfrentar los retos impuestos por la Internet y otras redes globales. Tanto en el nivel internacional como el doméstico, ya se probaron algunas tentativas para tratar del tema del flujo transfronterizo de datos, inclusive desde el aspecto jurisdiccional.⁵⁷²

Los principios generales del derecho aplicados a la contratación electrónica pueden consolidarse como mecanismos de protección de derechos fundamentales de los usuarios de Internet. Es por esto que se debe proponer una serie de principios reguladores que deberán ser aplicados a los contratos electrónicos como mecanismo de garantía de derechos humanos: 1) Principio de predisposición reglada, 2) Principio de suministro de información continua, 3) Principio de no publicidad de perfiles, 4) Obligatoriedad de la aceptación expresa a cláusulas especiales, 4) Prohibición de establecer la modificación unilateral en materia de privacidad, 5) Principio de in dubio pro usuario; y 6) Principio de tratamiento de información restringido. Estos principios buscan que, sin perjuicio de las normas de producción interna, los derechos fundamentales se garantizarán a los miembros de una comunidad mundial que trasciende barreras de tiempo y espacio.

⁵⁷² Óp. Cit. Fried, Jonathan T. Pág. 31

5. Bibliografía:

- Abelivk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. Editorial Nomos. Colombia: 1993
- Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía. *Proyecto de Código Europeo de Contratos*. http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos_legales/TR-PAVIA.DOC. Fecha de acceso: 9 de enero del 2012.
- Agencia Española de Protección de Datos (España). Memoria 2010. *El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal: Situación actual y perspectivas de su futuro*. España: 2010.
- Agencia Española de Protección de Datos y el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (España). *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*. España: febrero del 2009. https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De los Contratos*. Editorial Temis S.A. 19—[?].
- Alston, Philip. *The sources of human rights law: Custom, Ius cogens, and general principles*. The international library of essays in law and legal theory. Human Rights Law. New York University Press. U.S.A.: 1996.
- Amadeo Gadea, Sergio Luis. *Informática y Nuevas Tecnologías. Sentencias dictadas por los tribunales españoles*. Editorial Muriel S.A. Madrid: 2001.
- Azúa Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Porrúa. México:1997.
- Bamberger, Kenneth A. y Deirdre K. Mulligan. Privacy on the books and on the ground. Ebsco E-Library. <http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?hid=14&sid=19afeeb-e84c-4553-b5f6-40fe01d3c67c%40sessionmgr11&vid=4>
- BBC News Technology. *Facebook hits 500m user milestone*. “Social network giant Facebook has registered its 500 millionth member, the firm has announced”. 21 de Julio del 2010. <http://www.bbc.co.uk/news/technology-10713199>
- Boyd, Danah y Nicole Ellison. *Social Network Sites: Definition, History and Scholarship*. Journal of Computer-Mediated Communication. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x/pdf>

- Briggs, Asa y Peter Burke (Traducido por Marco Aurelio Galmarini). *De Gutenberg a Internet. Una historia social de los medios de comunicación*. Santillana Ediciones Generales. Madrid: 2002.
- Caravaca Calvo, Alfonso Luis. “Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica”. En Luelmo Domínguez, Andrés. *La contratación electrónica y la defensa del consumidor*.
- Caudill, Eve M. and Patrick E. Murphy. *Consumer Online Privacy: Legal and Ethical Issues*. Journal of Public Policy & Marketing, Vol. 19, No. 1, (Spring, 2000), pp. 7-19. Publicado por American Marketing Association <http://www.jstor.org/stable/30000483>. Fecha de acceso: 18/07/2011.
- Comisión del Acuerdo de Cartagena. Decisión del Acuerdo de Cartagena 351. *Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Registro Oficial 366. 25 de enero de 1994.
- Comisión de la Comunidad Andina. Decisión 638. *Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina* <http://www.comunidadandina.org/telecomunicaciones.htm> Lima, Perú: 19 de julio de 2006.
- Comité de Expertos en Nuevos Medios Consejo de la Unión Europea.. *Draft Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the protection of human rights with regard to social networking services*. Fecha de acceso: 19 de enero del 2012. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/TPD_documents/FINAL%20ADOPTED%20CDMC%20SOCIAL%20NETWORK%20ENGLISH%20CLEAN.pdf
- Compagnucci de Caso, Rubén H. *Manual de Obligaciones*. Editorial Astrea. Buenos Aires: 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia del 27 de enero del 2009
- Cremades Javier. *Régimen Jurídico de Internet. Cultura e Internet: Una nueva revolución*. La Ley Actualidad S.A. Madrid: 2002.
- Cuervo, José. *Autodeterminación Informativa. Importancia de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983*. Revista Informática Jurídica. http://www.informatica-juridica.com/trabajos/autodeterminacion_informativa.asp#1.3.

- De la Maza Gazmuri, Iñigo. *Los contratos por adhesión en plataformas electrónicas: una mirada al caso chileno*. 2005. Fecha de acceso: 14 de septiembre de 2011 <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol2-3/contratos.pdf>
- Delpech Fernández, Horacio. *Internet: Su problemática jurídica*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2001.
- Diccionario Jurídico Espasa. Fundación Tomás Moro. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid: 2007
- Drake, William J. Ed. Internet Governance Forum. *Internet Governance: creating opportunities for all*. The Fourth Internet Governance Forum. Sharm el Sheikh, Egypt: 15-18 de noviembre del 2009.
- Echebarría Sáenz, Joseba A (Coord.) *El Comercio Electrónico*. Edisofer S.L. Madrid: 2001.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel. *Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*. Ediciones Depalma. Buenos Aires: 1996.
- España. Ley 15/99 Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Boletín Oficial del Estado No. 289. 13 de diciembre de 1999. <http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/14/pdfs/A43088-43099.pdf>
- Estrada Avilés, Jorge Carlos. II Congreso Mundial de Derecho Informático. *Hacia una estandarización del Habeas Data*. Universidad Marista. Mérida, Yucatán, México: julio del 2002.
- Facco, Javier Humberto. *El principio de buena fe objetiva en el derecho contractual argentino*. Universidad Externado de Colombia. <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp16/javierHumbertoFacco.pdf>. Fecha de acceso: 19 de enero del 2012.
- Facebook Inc. *Declaración de derechos y responsabilidades*. <http://www.facebook.com/home.php#!/terms.php>
- Facebook Site Governance. http://www.facebook.com/fbsitegovernance?sk=wall#!/fbsitegovernance?sk=app_7146470109
- Farina, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94*. Editorial Astrea. Segunda Edición. Buenos Aires: 2000.
- Federal Trade Commission (Estados Unidos). *Privacy Online: A Report to Congress*. Junio 1998. <http://www.ftc.gov/reports/privacy3/priv-23a.pdf>

- Federal Trade Commission (Estados Unidos). *Internet Site Agrees to Settle FTC Charges of Deceptively Collecting Personal Information in Agency's First Internet Privacy Case*. 13 de agosto de 1998. <http://www.ftc.gov/opa/1998/08/geocitie.shtm>
- Federal Trade Commission (Estados Unidos). *In the Matter of GeoCities, a corporation. DOCKET NO. C-3850*. Misrepresentations involving information collection by GeoCities. <http://www.ftc.gov/os/1999/02/9823015cmp.htm>
- Forsythe, David P. *The internationalization of Human Rights*. Lexington Books. United States of America: 1991.
- Fried, Jonathan T. *Derecho de la Información: Acceso y Protección de la información y datos personales en formato electrónico*. 57º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano. CJI/doc.25/00 rev.1. 26 de febrero al 9 de marzo de 2007.
- García Rubio, María Paz. “Bases de datos y confidencialidad en Internet”. En: Echebarría Sáenz, Joseba A (Coord.) *El Comercio Electrónico*. Edisofer S.L. Madrid: 2001.
- García Rubio, María Paz. “La protección de datos en el comercio electrónico”. En: Luelmo Domínguez, Andrés. *La contratación electrónica y la defensa del consumidor*.
- Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General del acto jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires: 1992.
- Gautthronett, Serge y Étienne Drouard. *Comunicaciones comerciales no solicitadas y protección de datos: Resumen de las conclusiones del estudio*. Comisión de las Comunidades Europeas. Enero de 2001.
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/spamsum_es.pdf Fecha de acceso: 21 de diciembre de 2011
- Gross, Ralph y Alessandro Acquisti. *Information Revelation and Privacy in Online Social Networks*. Workshop on Privacy in the Electronic Society (WPES), Carnegie Mellon University. 2005.
- Herce de la Prada, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. José María Bosch Editor S.A. España: 1994.
- Hocsman, Heriberto. Simón. *Negocios en Internet*. Editorial Astrea. Buenos Aires: 2005.
- Holland, H. Brian. *Symposium: Internet Expression in the 21st Century: Where technology & law collide: Privacy Paradox 2.0*. Widener University School of Law. Widener Law Journal 893: 2010. Obtenido de Lexis Nexis.

http://scholar.google.com/scholar?cluster=6205346544128818688&hl=es&as_sdt=0&as_vis=1

Horna, Martín Pierre. *La aplicación de los principios generales de la contratación*. Revista de Derecho Informático: Alfa-Redi No. 043 - Febrero del 2002. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1569>. Fecha de acceso: 9 de enero de 2012.

Information Commissioner's Office (Reino Unido). *Data Protection Technical Guidance Determining what is personal data*. http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/detailed_specialist_guides/personal_data_flowchart_v1_with_preface001.pdf. Fecha de acceso: 23 de enero del 2012.

Internet Governance Forum. IGF Secretariat Report. *Good Practices from IGF Sessions 2006-2009*. Septiembre del 2010. <http://www.intgovforum.org/cms/2010/good-practice.pdf>

Jordan, James V. y Judith B. Gitterman. *Franchise Agreements: Contracts or Adhesion?*. American Bar Association. Franchise Law Journal. 1996.

Kirkpatrick, David. Traducido por Mar Vidal. *El efecto facebook: La verdadera historia de la empresa que está conectando el mundo*. Gestión 2000. Barcelona: 2011.

Kleinheisterkamp, Jan y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coord.) *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*. Marzorati, Oswaldo J. "Reflexiones sobre jurisdicción y ley aplicable en internet". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 2002.

Korobkin, Russell. *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*. The University of Chicago Law Review, Vol. 70, No. 4 (Autumn, 2003), pp. 1203-1295. Publicado por The University of Chicago Law Review. <http://www.jstor.org/stable/1600574>. Fecha de acceso: 21/09/2011.

La Rue, Frank. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. 16 de mayo del 2011.

Lickliger, J.C.R. y Robert. W. Taylor. *The Computer as a Communication Device*. Science and Technology. Abril, 1968.

Llaneza González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y comunicación*. Editorial Bosch S.A. España: 2000.

Lorenzetti, Ricardo L. *Comercio Electrónico*. Abeledo Perrot Editorial. Buenos Aires: mayo del 2001.

- Loredo, Alejandro. *Contratos Informáticos y Telemáticos, Comercio Electrónico, y su regulación en la Ley Mexicana*. Revista de Derecho Informático: Alfa-Redi. No. 089 - Diciembre del 2005. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=3926>
Fecha de acceso: 9 de enero del 2012.
- Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las obligaciones*. Segunda Edición. Oxford University Press México. Impresora Castillo Hnos. S.A. Médico D.F.: 2000. Pág.34
- Martorell, Ernesto E. (Dir.). Tratado de Derecho Comercial Tomo III. *Contratos Comerciales Modernos*. Editorial La Ley. Buenos Aires: 2010.
- McCallister, Erika, Tim Grance y Karen Scarfone. National Institute of Standards and Technology. U.S. Department of Commerce. *Guide to Protecting the Confidentiality of Personally Identifiable Information (PII)*. National Institute of Standards and Technology Special Publication 800-122. Fecha de publicación: Abril del 2010. <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-122/sp800-122.pdf>
Fecha de acceso: 25 de enero del 2012.
- MySpace. *Términos y condiciones de uso*. <https://www.myspace.com/signup/>
<http://www.myspace.com/help/terms>
- Monsalve Caballero, Vladimir. *Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea*. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 117: 115-152, julio-diciembre de 2008. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/04consideracionesactuales_002.pdf. Fecha de acceso: 9 de enero de 2012.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económico. Anexo a la Recomendación del Consejo. *Directrices que Regulan la Protección de la Privacidad y los Flujos Transfronterizos de Datos Personales*. 23 de septiembre de 1980.
- Orti Vallejo, Antonio. *El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática*. Ministerio de la Presidencia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_002_305.pdf
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá: 2005.

Pardini, Aníbal A. *Derecho de Internet*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires: 2002. Pág.31

Pérez Luño, Antonio Enrique. *La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada*. Universidad de Sevilla.
<http://www.google.com.ec/#hl=es&source=hp&biw=1362&bih=526&q=tutela+libertad+inform%C3%A1tica&aq=f&aqi=&aql=&oq=&fp=913b7d112c03e3d4>

Pérez, Ma. Del Mar y J. Conde Castejón. “Regulación versus autorregulación en Internet y los nuevos servicios de comunicación”. En Cremades, Javier. *Régimen Jurídico de Internet. Cultura e Internet: Una nueva revolución*. La Ley Actualidad S.A. Madrid: 2002.

Pierini, Lorences y Tornabene. *Hábeas Data: Derecho a la Intimidad*. Editorial Universidad. 1999: Buenos Aires.

Pothier. *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Heliasta S.R.L. Brasil: 1993

Radin, Margaret Jane y otros. *Internet Commerce: The emerging legal framework*. Foundation Press. Segunda Edición. New York: 2006

Rincón Cárdenas, Erick. *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*. Centro Editorial Universidad del Rosario. Colección Lecciones de Jurisprudencia. Bogotá, D.C.: 2006.

Robollo Delgado, Lucrecio. Derechos fundamentales y protección de datos.
http://books.google.com/books?id=DJvMLIUJ4vAC&pg=PA40&dq=derecho+a+la+intimidad+personal&hl=es&ei=oe4JTvGbMsWugQe4rPX2AQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CDoQ6AEwAw#v=onepage&q=derecho%20a%20la%20intimidad%20personal&f=false.

Rubinfeld, Jed. “The right of privacy”. Harvard Law Review. Volume 102. February 1989. Number 4. En: Wacks, Raymond. *Privacy: The international Library of Essays in Law and Legal Theory*. New York University Press. New York: 1993.

Schiff Berman, Paul. *The globalization of jurisdiction*. University of Pennsylvania Law Review.

Schmidt Hott, Claudia. “Cláusulas abusivas (Informe de Derecho Chileno)”. En: *Revista de Derecho Comparado. Cláusulas Abusivas*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires: 1999.

Schwartz, Paul M. *Property, privacy and personal data*. Harvard Law Review, Vol. 117, No. 7), pp. 2056-2128. Harvard Law Review Association. Mayo 2004.
<http://www.jstor.org/stable/4093335> Fecha de acceso: 10 de enero del 2012 .

- Silva Ruiz, Pedro. “Contratos por adhesión, condiciones generales”. (Condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas). En: Alterini Aníbal, Atilio, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto (Directores). *Contratación contemporánea: Contratación electrónica y tutela del consumidor*. Volumen 2. Editorial Temis S.A. Bogotá: 2001
- Spota, Alberto (Actualizado por Luis Leiva Fernández). *Contratos: Instituciones del Derecho Civil. Tomo I Parte General*. Ediciones La Ley. Segunda Edición. Buenos Aires: 2009.
- Stiglitz, Rubén S. *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires: 1994.
- Stiglitz, Rubén. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires: 2001.
- Thompson, Robert T. III. Image as personal property: how privacy law has influenced the right of publicity. *UCLA Entertainment Law Review*. Volume 16:1. EBSCO E-Library.
http://content.ebscohost.com/pdf23_24/pdf/2009/2QHT/01Jan09/44395299.pdf?T=P&P=AN&K=44395299&S=R&D=a9h&EbscoContent=dGJyMMTo50SeqLM4y9f wOLCmr0mep7FSsKe4TbaWxWXS&ContentCustomer=dGJyMPGvt0uxq7RPueP fgeyx44Dt6fIA
- Uicich, Rodolfo Daniel. *Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad*. Editorial AD-HOC. Buenos Aires: julio1999.
- United States District Court for the District of Columbia (Estados Unidos). *Arista Records, INC, et al., Plaintiffs, v. Sakfield Holding Company S.L., et al., Defendants*. Civil Action Number 03-1474.
- United States District Court for the Southern District of New York (Estados Unidos). *Muhammad Ali, plaintiff, v. Playgirl, Inc., Tony Yamada and Independent News Company, Defendants*. 3 de marzo de 1978.
- United States Supreme Court of New York, New York County (Estados Unidos). *Jacqueline K. Onassis, Plaintiff, v. Christian Dior -- New York, Inc., et al., Defendants*. 1984
- Varian, Hal R. *Pricing Information Goods*. University of Michigan. Junio 1995. Fecha de acceso: 21 de diciembre 2011
http://hubcap.clemson.edu/~sauerr/classes/425/cases/varina_price-info-goods.pdf

Warren, Samuel and Louis Brandeis. *The right to privacy*. Harvard Law Review. Vol. IV

December 15, 1890 No. 5 Boston: Diciembre de 1890. Pág. 1.

http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html

Winston, Brian. *Media Technology and Society. A history: from the telegraph to the internet*. Ed. Routledge Taylor and Francis Group. New York: 2000.

Plexo Normativo:

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 45/95. *Guidelines for the regulation of computerized personal data files*. 14 diciembre 1990. <http://daccess-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/564/84/IMG/NR056484.pdf?OpenElement>

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/44/606. Apéndice I. *Lineamientos de la ONU. Principios rectores aplicables a los ficheros computadorizados de datos personales*.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración 53/144. Resolución aprobada por la Asamblea General. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. A/RES/53/144: 8 de marzo de 1999

Ley 21. *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* (Ecuador). Registro Oficial Suplemento 116 10 de julio del 2000. Última modificación: 09 de marzo del 2009.

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Directiva 95/46/CE *Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas No. I 28/31. 24 de octubre de 1995. http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_es.pdf

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. *Directiva 96/9/CE Sobre la protección jurídica de las bases de datos*. 11 de marzo de 1996

Superintendencia de Bancos (Ecuador). *Resoluciones de la Superintendencia de Bancos*
306. Registro auténtico 5 de julio del 2006. Modificado el 7 de julio del 2011.