

Redes sociales y derecho

La cuestión vista desde la perspectiva de los principios jurídicos y del derecho argentino

Ismael Lofeudo ¹⁻², Noemí L. Olivera ¹⁻³

¹Grupo de Estudio de la Complejidad en la Sociedad de la Información –GECISI-,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
gecsi@jursoc.unlp.edu.ar

²ilofeudo@yahoo.com.ar

³nolivera@jursoc.unlp.edu.ar

Abstract. Las redes sociales son susceptibles de ser analizadas no ya desde la perspectiva de las posibilidades de comunicación que ofrecen, sino en tanto empresas que se nutren de datos personales de usuarios, haciendo de este conjunto de datos estructurados y organizados su mayor y máspreciado patrimonio. El valor de las bases de datos de usuarios en el mercado es alto y permite a sus titulares realizar múltiples negocios y estudios, utilizando para ello datos personales privados. Esto permite preguntarse si la creación de un perfil constituye un aporte patrimonialmente valorable, susceptible de garantizar al usuario alguna contraprestación por parte de la empresa organizadora de la red.

1 Las Redes Sociales

Podemos definir las Redes Sociales como estructuras basadas en un servicio desarrollado sobre Internet que permite a las personas construir un perfil público o semi-público dentro de un sistema delimitado en el cual los individuos se interconectan e interactúan [1]. Constituyen una forma de interacción social, definida como un intercambio dinámico entre personas, grupos, e instituciones, generalmente desconocidas entre sí. La red busca explotar los intereses comunes entre los usuarios y potenciar los vínculos. El sistema actualmente difundido de las redes sociales ofrece la posibilidad de interactuar con otras personas aunque no las conozcamos, es abierto y se va construyendo con cada persona que crea su perfil dentro de la red. Cada suscriptor a la red aporta, como nuevo miembro que ingresa, su estilo de vida, imagen, profesión y hasta creaciones artísticas.

Este tipo de redes se valen del llamado ‘*network effect*’^a para expandirse, por el cual, luego de alcanzar el ‘*tipping point*’^b, la pauta social minoritaria comienza a universalizarse y la riqueza de la base de datos se incrementa rápidamente con los nuevos perfiles creados.

Las diferentes redes incitan a los usuarios a que completen formularios que contienen una serie de preguntas. Con las respuestas a éstas, que suelen incluir descripciones como edad, ubicación, intereses y una sección en la cual se invita al usuario a hablar sobre su persona, se genera el perfil. Las redes también ofrecen la posibilidad de cargar una foto al perfil. Los sitios ofrecen paulatinamente mayores opciones de personalización de este, hoy ya enriquecido con aplicaciones externas y videos.

Para dejar en claro la creciente importancia de la problemática que tratamos, mencionamos simplemente un informe de ComScore^c, que refleja un crecimiento promedio de un 314% de los usuarios de la red social Facebook en Europa, desde febrero del 2008 a febrero de 2009. En este periodo, creció un 2721% su uso en Italia, un 999% en España, un 518% en Francia, y un 499% en Suiza.

2 El Perfil

En el perfil se engloba un cúmulo de información que define a la forma en la que la persona física se presenta ante la sociedad.

Muchos datos vertidos en el perfil constituyen información sensible. Se trata tanto de datos privados que se encuentran resguardados por los tradicionalmente llamados derechos personalísimos (nombre, imagen y honor de la persona), modernamente reconocidos como derechos humanos, como atributos (sexo, edad, etc.), junto con vínculos de ‘amistad’ y creaciones del intelecto.

Es así como en el perfil encontramos tanto derechos extrapatrimoniales como datos patrimonialmente valorables, aunque intangibles.

Aquellos derechos personalísimos constituyen a la persona física, y reúnen las características enunciadas por la doctrina moderna, como el ser innatos a la persona, vitalicios, necesarios para su constitución, esenciales, de objeto interior, extrapatrimoniales, indisponibles, absolutos, privados, y autónomos [2].

Un ataque a un perfil es capaz de vulnerar manifestaciones espirituales de la persona, su honor (personal, familiar, y de familiares vivos o muertos), su intimidad (comprende

^a Se conoce como ‘*network effect*’ el tipo particular de externalidad que se produce cuando cada nuevo usuario añade valor a un producto por el hecho de unirse a la comunidad de usuarios.
http://exploradoreselectronicos.net/wiki/index.php?title=Efecto_red

^b ‘*Tipping point*’ podría ser traducido como punto de inflexión.

^c [http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2009/4/Facebook_Top_Social_Network_in_Spain/\(language\)/eng-US](http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases/2009/4/Facebook_Top_Social_Network_in_Spain/(language)/eng-US). Consulta realizada el 10 de mayo de 2009.

los actos de su vida privada), su imagen (alude al control de su imagen, impidiendo que se reproduzca por cualquier medio que sea), su derecho al nombre (impidiendo su utilización por otros), la tutela de su identidad (que abarca sus caracteres personales, ideológicos, sociales y políticos), y su dignidad. Encontramos el derecho personalísimo de la tutela del dato personal [3], instrumentada en el Art. 43 de la Constitución Nacional Argentina.

En Internet se van generando nuevas formas de presentación de los sujetos en sociedad. En principio encontrábamos a los usuarios de salas de chat, o foros, que se registraban con apodos, y no revelaban datos personales. Pero tal anonimato da hoy paso a la exposición más amplia del sujeto y los perfiles de usuarios se vuelven la forma de presentación de los sujetos en la Sociedad de la Información. Actualmente los apodos dan lugar a nombres, rostros y vienen acompañados de información sensible de fácil acceso por cualquier sujeto.

El estallido de las redes sociales volcó a Internet una enorme cantidad de información personal de sujetos que encuentran en estas nuevas formas de relación la manera de presentarse al mundo. Esferas antes privadas se vuelven hoy públicas. El perfil cobra más relevancia como figura compleja cuya función fundamental es la de constituir a la persona física en el mundo digital.

El fundamento de la existencia del perfil está dado por el reconocimiento de la persona misma, y la manifestación más acabada de ésta en el espacio digital es el 'perfil'.

Un usuario contrata a diario servicios gratuitos de información, se suscribe a boletines, a foros, y demás servicios que exigen aceptación de términos y condiciones. Analizar detalladamente los contratos se vuelve para la mayoría sumamente engorroso, sin dejar de lado que sólo una minoría posee el conocimiento técnico necesario para comprender el alcance de las disposiciones contenidas en los 'términos de servicio' que se están aceptando. Aunque el contenido de la cuenta se halle regulado en los 'términos del servicio', nada se dice en ellos del perfil mismo.

Estas cuestiones involucran derechos extrapatrimoniales y patrimoniales, susceptibles, éstos últimos, de ser objeto de un contrato como el que se perfecciona al aceptar los 'términos de servicio' y crear el Perfil en la Red Social. Como bien anota Mosset Iturraspe, el contrato^d es una de las especies dentro del género acto o negocio jurídico; se da bilateralmente, entre vivos, y posee un contenido patrimonial y constituye la principal fuente de obligaciones [4].

Nos animamos a caracterizar al perfil como una institución compleja de naturaleza mixta, patrimonial y extrapatrimonial, ya que combina información personal, con datos de estado del sujeto que son públicos, a los que se les suma cualquier creación intelectual

^d El Código Civil Argentino establece en su Art. 1137: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo en una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos." Es fundamental la función de la voluntad en la creación del contrato. Esta debe tener una intención. Llamamos a esta: voluntad negocial. Se configura así cuando existe consentimiento existente con una dirección determinada y es exteriorizada.

publicada en la web y sus relaciones con otros perfiles, elementos estos últimos que, como anticipamos, son susceptibles de valoración pecuniaria.

2.1 Los amigos

Encontramos, sin embargo una característica del perfil que cobra particular relevancia en el ámbito de la web. Son los enlaces que vinculan perfiles y tienen por objeto propiciar las relaciones entre sujetos. Estos lazos o vínculos de ‘amistad’ entre los diferentes perfiles que pueden derivar de intereses compartidos por diferentes temáticas aseguran la expansión e inclusión de nuevos usuarios a la red social. Esto conlleva la incorporación de más información personal, que enriquece la base de datos de la empresa con la que luego se realizan múltiples negocios e investigaciones.

Para establecer el valor patrimonial de las ‘amistades’ en las redes sociales recurrimos a una analogía con el concepto de ‘clientela’, propio del derecho comercial. La Clientela se define como el conjunto de los compradores más o menos habituales de un negocio [5]. Ello permite establecer el llamado ‘valor clientela’, esto es la aptitud o facultad del establecimiento para atraer y conservar la clientela. Constituye un elemento del fondo de comercio, lo valoriza y se transfiere con la empresa misma.

En el caso en análisis, se señala la dependencia que las ‘amistades’ tienen del perfil al que están unidas. Es así como, aunque inmateriales, las ‘amistades’ agregan valor a la Red Social a la cual quedan incorporadas. Entonces, resultan cuantificables patrimonialmente. Un perfil con muchas amistades también es valioso por la ‘posibilidad de atraer amistades’, al igual que la posibilidad de atraer clientela valoriza al establecimiento en el derecho comercial. Tan relevante es la clientela en el derecho comercial, que algunos autores como Mossa [6], o Ripert, llegaron a afirmar que la adquisición de un establecimiento normalmente se hace para adquirir su clientela. Siguiendo con la analogía, observamos que el valor que estos vínculos e interrelaciones entre los usuarios llega a ser el bien máspreciado de la Red Social.

Las redes sociales existentes acumulan millones de perfiles de usuarios, esto es lo que las valoriza. Estas bases de datos, finalmente son objeto de negocios jurídicos, son adquiridas por otras empresas y usadas para realizar investigaciones, sin mencionar al rédito que, cualquiera, no ya el titular de la base de datos, puede extraer a partir de la utilización del material intelectual publicado en ellas. No se necesita más que volver sobre las cláusulas analizadas para darse cuenta del volumen de material que es adquirido por estas empresas sin ningún costo, posibilitando su explotación posterior.

2 Contratos

Analicemos el vínculo que se establece entre el usuario y la empresa. Como la mayoría de los contratos que se perfeccionan en el campo del software, este tipo de

uniones contractuales también son adhesivas, el denominado comercio de masas ha llevado a imponer un ‘contrato estándar’ mediante cláusulas predispuestas. Con esta metodología, las empresas aprovechan su posición dominante en la contratación y procuran tener, frente a la parte contraria, posiciones jurídicas ventajosas en todo orden, para lo cual emplean cláusulas abusivas, en detrimento de los derechos del consumidor.

La igualdad jurídica y económica de las partes, presupuesto teórico del contrato, queda relegada ante una forma de contratación ampliamente difundida en el ámbito de los contratos digitales en los cuales el particular se limita a ‘aceptar’ o ‘rechazar’ los extensísimos y poco claros ‘términos del servicio’ quedando sometidos a las condiciones predispuestas por el empresario. Se consagra así la desigualdad de los sujetos contratantes.

La doctrina y la jurisprudencia han reaccionado en sentido contrario a este tipo de prácticas. El derecho argentino las limita en los Arts. 37 y 38 de la ley 24.240. Esta norma consagra principios generales que deberían aplicarse a todos los casos en los cuales el cliente es la parte débil de la relación, no debiéndose dejar de lado el trato equitativo y la buena fe entre consumidores y usuarios [7].

En los contratos utilizados por las empresas de Redes Sociales encontramos cláusulas en evidente contradicción con el principio consagrado en el inc. B, del Art 3 de la Ley 24.240, donde se estipula que se tendrán por no convenidas *“Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte”*.

Ejemplo de estas cláusulas hallamos en los Términos de Servicio del sitio ‘MySpace’, donde se establece amplios derechos para la empresa sobre el contenido del ‘perfil’ para *“usar, modificar, eliminar o agregar información, presentar públicamente, mostrar públicamente, reproducir y distribuir dicho Contenido únicamente en los Servicios MySpace o a través de estos, incluyendo, sin limitarse a, distribuir una parte o la totalidad del Sitio web MySpace en cualquier formato de medios y a través de cualquier medio de difusión, con la excepción de que el Contenido marcado como “privado” no se distribuirá fuera del Sitio web MySpace.”*^e

En el mismo abuso incurre el sitio de ‘Facebook’. Quien establece dentro de la cláusula referida al “Contenido del usuario publicado en el sitio” que éste concede a la Empresa una *“irrevocable, perpetua, no exclusiva, transferible, totalmente pagada, licencia (con el derecho a sublicenciar) para usar, copiar, funcionar públicamente, mostrar públicamente, reformatear, traducir el extracto (en el todo o en parte) y distribuir tal Contenido de Usuario para cualquier objetivo comercial, de publicidad, o de otra tipo, para preparar trabajos derivados del sitio, o incorporarse en otros trabajos el Contenido de Usuario, así como conceder y autorizar las sublicencias del anterior.”*^f.

Vemos que en el caso de ‘Facebook’, no sólo se infringe el artículo mencionado, sino también el principio general, por el cual los derechos de explotación de obras

^e <http://www.myspace.com/index.cfm?fuseaction=misc.terms> . Consultado el 1 de abril de 2009.

^f http://www.facebook.com/terms.php?locale=en_US#/terms/spanish.php. Consulta realizada el 8 de abril de 2009.

intelectuales no son perpetuos. Los derechos morales facultan al autor a vincular su nombre a la obra después de su enajenación, a que ésta no sea modificada, o a que sea o no divulgada. La teoría de la personalidad desarrollada por Immanuel Kant y Otto Von Gierke sostiene que la obra artística es una prolongación de la persona del autor, cuya personalidad no puede ser disociada del producto de su inteligencia [8]. Niega la posibilidad de ceder la obra, y por ende, el autor sólo puede ceder el ejercicio de los derechos económicos [9]. La Constitución Nacional establece que el autor es propietario exclusivo de su obra por el término que le acuerde la ley (Art 17, parte 5ta), y le asigna al Congreso la función de proteger la libre creación y circulación de las obras de autor (Art 75 Inc. 19). La propiedad intelectual no es perpetua, y se encuentra limitada en el tiempo. Pertenece al autor durante su vida, y luego pasa a sus herederos por 70 años. En igual sentido, las leyes 25.006 y 25.056 establecieron distintos tiempos para aprovechar la obra según se trate de producciones fotográficas, cinematográficas, o software.

Vemos también una razón para anular el contrato de Términos de Servicio en la cláusula que establece “el contenido y la naturaleza de los Servicios que proporciona Google puede variar ocasionalmente sin previo aviso.”⁸. Una disposición similar se encuentra en los términos de servicio de MySpace, donde encontramos la siguiente cláusula: “*MySpace se reserva el derecho, a su entera discreción, de rechazar, rehusarse a publicar o retirar cualquier publicación realizada por usted (incluidos los mensajes privados), o de denegar, restringir, suspender o cancelar su acceso a la totalidad o a cualquier parte de los Servicios MySpace en cualquier momento, con o sin motivo, con o sin notificación previa o explicación, y sin incurrir en responsabilidad alguna. MySpace se reserva expresamente el derecho de retirar su perfil y/o denegar, restringir, suspender o cancelar su acceso a la totalidad o a cualquier parte de los Servicios MySpace si determina, a su entera discreción, que usted ha violado este Acuerdo o que representa una amenaza para MySpace y/o sus Usuarios, y/o viola alguna de las leyes aplicables.*”⁹

La determinación del objeto de la prestación constituye el objeto del contrato. El Código Civil argentino dispone en su Art. 1170 que “Las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse.” Este principio de la determinación también se le aplica a los contratos en masa en cuestión. Constituye un principio que no puede ser alterado por cláusulas predisuestas. Debe existir una justa ponderación de los intereses del estipulante pero puede quedar en manos de éste modificar la esencia del contrato ya que podrían ser consideradas inválidas y violatorias de la buena fe contractual por brindar una prestación distinta a la prometida. Como contrapartida debemos aclarar que el usuario, es igualmente obligado a aceptar aquellas modificaciones que impliquen una mejora en el producto o servicio.

Este tipo de cláusulas que permiten a quien las utiliza alterar unilateralmente el contenido del contrato son contrarias al equilibrio de éste, y nuestro código civil no les reconoce validez alguna. No se admiten obligaciones que estén basadas sobre el arbitrio

⁸ <http://www.google.com/accounts/TOS?hl=es>. Consulta realizada el 3 de abril de 2009.

⁹ <http://www.myspace.com/index.cfm?fuseaction=misc.terms>. Consultado el 1 de abril de 2009.

del deudor (Art. 542). Tampoco podemos aceptar estipulación alguna que le otorgue la facultad al empresario de resolver unilateralmente el contrato ya perfeccionado.

4 Protección propuesta

Lo expuesto nos lleva a plantear:

1º.- La necesidad de implementar un sistema que permita al usuario conocer con certeza quiénes son los administradores de la base de datos en la que su perfil se encuentra almacenado. La notificación por e-mail a los usuarios del cambio de propietarios de la base de datos se nos presenta como necesaria. Consideramos que los autores de los perfiles deben tomar conocimiento de la venta de paquetes accionarios que otorgan control sobre sus perfiles. Tomar conocimiento de la identidad de los nuevos titulares de esas tenencias les otorga la facultad optar entre mantener el perfil en la empresa, o darlo de baja de forma total. Consideramos que la notificación de la identidad del administrador de la base de datos es un derecho de todos los usuarios de las redes sociales. La magnitud de los derechos que se manifiestan en este espacio digital es tan grande que no puede quitársele a los titulares de los perfiles la posibilidad de decidir si desean o no ser administrados por los nuevos dueños de la base de datos que integran.

2º.- Que, habida cuenta del beneficio económico que obtiene el organizador de la Red Social, el aporte de un Perfil a una Red Social debería otorgar a su titular el derecho a percibir por ello alguna clase de beneficio.

Entendemos que quienes crean un perfil en una Red realizan un aporte de uso y goce, en favor de la empresa administradora de la información y proveedora del servicio de Red Social, permitiendo que sus datos de perfil sean utilizados para fines lucrativos. Esto nos lleva a sostener que los usuarios deberían ser tenedores de bonos de participación -Art. 227 y ss. de la Ley de Sociedades Comerciales-, con derecho a participar en las utilidades de la empresa, aunque sin ser representativos de capital social o asimilados a acciones. Estos bonos no otorgan a sus tenedores facultades, ni derechos sobre la empresa, solamente una participación pasiva que le permitiría al creador/dueño del perfil la percepción de pequeñas utilidades derivadas de los beneficios obtenidos a partir de las transacciones realizadas con la base de datos que ha contribuido a valorizar.

5 Conclusiones

Queda demostrado que los contratos adolecen de vicios e incurrir en abusos en sus términos. El Usuario pierde el control de la información relativa a su personalidad y a derechos personalísimos, viéndose impedido de ejercer un efectivo control sobre estos datos.

Se ha acreditado, asimismo, que en tanto el vínculo jurídico establecido entre el creador del Perfil y el organizador de la Red Social se califica como ‘contrato’, el primero, de quien depende la prestación que valoriza el entramado organizado por el segundo, queda al margen de consideración económica de ninguna índole en el marco propuesto, debiendo garantizársele algún tipo de contraprestación. En consecuencia se impone replantear la cuestión, atendiendo a restablecer el equilibrio entre las partes del referido contrato, mediante la adopción de las acciones más adecuadas a tal fin.

Referencias

1. Redes sociales: haciendo amigos y algo más. Relaciones Empresariales. <http://www.franquiciashoy.es/noticias/21474/06/05/2009.html>.
2. Farina, J. M.: Contratos comerciales modernos, vol 1, Astrea, Buenos Aires, pp. 190 (2005)
3. Rivera Julio Cesar, Instituciones de derecho civil: parte general. 4º ed. Buenos Aires, Lexis Nexis, Abelardo-Perrot. vol 2. pp. 21 (2007)
4. Mosset Iturraspe, J: Contratos, 1º ed, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (1998)
5. Zunino J. O.: Fondo de Comercio, Astrea. Buenos Aires, pp. 184 – 190 (1992)
6. Mossa, L.: Derecho mercantil, UTEHA, Buenos Aires, pp 47 – 56 (1940)
7. Farina J. M.: Contratos comerciales modernos, vol 1, Astrea, Buenos Aires, pp 154 (2005)
8. Emery M. A.: Propiedad intelectual, Buenos Aires, 3º Ed. Astrea, pp. 6 – 9 (2003)