



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE: ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**TEMA: “EL AVANCE DE LAS REDES SOCIALES FRENTE AL
DERECHO A LA PRIVACIDAD: ANÁLISIS DE CASOS”**

AUTORA:

DIANA ESTEFANÍA ROMERO VÁZQUEZ

DIRECTOR:

DOCTOR ANTONIO MARTÍNEZ BORRERO

CUENCA – ECUADOR

2016

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo de una manera muy especial a mi abuelo Fausto Vázquez Morales, quien me impulsó a seguir esta carrera que a lo largo del camino aprendí a querer tanto.

Y finalmente este trabajo va para uno de los seres más especiales que he conocido, mi amigo Brownie.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco de todo corazón a mis padres, hermanos, mi novio y amigas, así como a mi Director de tesis y a todos aquellos maestros que me guiaron durante la carrera.

CONTENIDO

Contenido

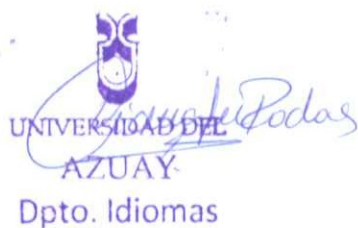
DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
CONTENIDO.....	IV
RESUMÉN	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN	VII
CAPITULO I	1
1. Las Redes Sociales en la Sociedad Actual.....	1
1.1 El origen de las Redes Sociales.....	1
1.2 El poder de las redes sociales.....	8
1.3 Uso político y participativo de las redes sociales.....	24
1.4 Ranking y estadísticas de redes sociales en el Ecuador	29
CAPITULO II	32
2. El derecho a la privacidad y las redes sociales: su regulación	32
2.1 Cuerpos normativos que regulan el derecho a la privacidad	32
2.2 La LOC frente a la regulación de Facebook.	42
2.3 Las redes sociales (Facebook) y la privacidad.	45
CAPITULO III	52
3. Análisis de casos.....	52
3.1 El caso de Wikileaks frente a Google.	52
3.2 El caso de Facebook contra la Unión Europea	58
3.3 Análisis de Sentencia Google Spain, S.L., Google Inc. /Agencia Española de Protección de Datos.	62
Conclusiones y recomendaciones	67
Bibliografía	70

RESUMEN

El presente trabajo abarca un tema de actualidad, como es el de las redes sociales, lo que busco es relacionarlas con el derecho a la privacidad, y básicamente mostrar de qué manera se protegen nuestros derechos al momento que estamos en internet. En una era virtual como la que estamos transitando necesitamos saber que todos los datos que proporcionamos y que por ende circulan en la red, están lo suficientemente protegidos para que no se vea afectado nuestro derecho a la privacidad.

ABSTRACT

This work covers a current issue such as social networks. This paper seeks to relate them with the right to privacy, and mainly show how our rights are protected when we are on the Internet. In a virtual era as we are now, we need to know that all the data we provide and thus circulate in the network, are sufficiently protected so that our right to privacy is not affected.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

Es difícil recordar cómo era el mundo previo a la llegada de Internet. En la actualidad, nuestras vidas en gran parte se desarrollan en el “mundo virtual”. En este mundo, los sujetos se relacionan a diario, es por ello que uno empieza a preguntarse hasta qué punto el Derecho que ordena nuestras sociedades podrá ser efectivo en el universo de los “sitios de redes sociales”. En este, el usuario difunde información, participa, opina, sube fotos y/o videos en los que identifica a “amigos” o conocidos generando repercusión en sus derechos y también en los derechos de terceros, todo esto bajo la tutela de condiciones jurídicas estipuladas en contratos de adhesión; que en la mayoría de los casos son desconocidas para el usuario que solo acepta sin haber leído antes los términos y condiciones, al momento de aceptar cede sus datos y no solo esto sino que le da la posibilidad a la Red Social, de usar los mismos como mejor le parezca invadiendo también su derecho a la Privacidad.

Existe una evidente falta de información en los usuarios acerca de la suerte que correrán sus obras al ser publicadas en sitios de redes sociales y, asimismo, no parece existir el control y supervisión de los contenidos necesario.

Al adentrarme en esta investigación, la primera parte del presente estudio hace referencia a la historia de las redes sociales desde sus comienzos para conocer el modo en el que estas operan y como han crecido tan rápidamente, la segunda parte, describe algunos cuerpos normativos que las regulan y la tercera parte finalmente es un análisis de casos donde estos dos temas se ven envueltos.

CAPITULO I

1. Las Redes Sociales en la Sociedad Actual.

1.1 El origen de las Redes Sociales

“Cualquier individuo puede estar conectado con cualquier otra persona en el planeta a través de una cadena de conocidos con no más de cinco eslabones o puntos de unión”¹, esta teoría es la de los seis grados de separación, inicialmente propuesta en 1929 por el escritor húngaro Frigyes Karinthy en su obra titulada “Chains”, teoría que en mi opinión constituiría el inicio de toda red social, sin embargo para la época en la que dicho autor hablo acerca del tema todavía no había llegado al conocimiento humano la tecnología que tenemos en estos días.

Se considera que el primero en utilizar propiamente el término “red social” fue John Arundel Barnes (1954) mientras analizaba la dinámica de las relaciones que se daban entre la población de una aldea noruega de pescadores; al encontrarse desarrollando su estudio verificó la “existencia de una estructura social conformada por el parentesco, la amistad y las relaciones de vecindad, y caracterizada por la existencia de vínculos cambiantes”². Al notar esta estructura social la relaciono con una especie de red entendida como “un conjunto de puntos, algunos de los cuales están unidos por líneas. Los puntos son personas o grupos, y las líneas indican que los individuos interactúan mutuamente. Así, se podría pensar que el conjunto de la vida social genera una red de este tipo”

Este concepto obviamente no abarca todavía las relaciones “cibernéticas” únicamente las meramente personales, claro para la época no cabía ni la más ligera posibilidad de “socializar” más que de la manera convencional digamos mediante un contacto real.

¹ Seis grados de separación es una teoría que intenta probar el dicho de “el mundo es un pañuelo”, dicho de otro modo, que cualquiera en la Tierra puede estar conectado a cualquier otra persona del planeta a través de una cadena de conocidos que no tiene más de cinco intermediarios (conectando a ambas personas con sólo seis enlaces).

² <http://oxfordindex.oup.com/view/10.5871/bacad/9780197264904.003.0002>

A lo largo de los años la tecnología nos iría enseñando que el concepto de socializar llegaba mucho más lejos.

Para 1967, Stanley Milgram, un sociólogo realizó un experimento con el cual investigaba si la teoría de los seis grados de separación era efectiva o no; la experimentación consistía en enviar 296 cartas postales a través de terceros hasta un corredor de bolsa en Massachussets para descubrir si estas llegaban o no a su destinatario, cada una de las personas que participaron tenía que enviar la carta a alguien que tuviese posibilidades de conocer al destinatario final, y éstos a su vez a un nuevo individuo que pudiera conocer al destinatario de última etapa. El resultado del análisis fue que se necesitaba de 5,2 enlaces aproximadamente; comprobando así la teoría de los seis grados de separación.³

Posterior a ello en 1971 se consiguió enviar el primer e-mail entre dos ordenadores situados uno al lado del otro, Ray Tomlinson fue quien lo consiguió⁴, y su mensaje contenía tan solo las primeras letras del teclado del computador, sin embargo se demostró que era posible la comunicación dando un avance inimaginable para el universo tecnológico.

En el año de 1978 Ward Christensen un experto en informática tenía problemas para comunicarse con su socio Randy Suess y otros colaboradores debido a una gran nevada que azotó Chicago, Illinois en enero de ese año, así que en solo cuatro semanas Christensen y Suess idearon un programa informático (Bulletin Board Systems)⁵ que permitía a dos o más usuarios conectarse vía modem (periférico de transmisión de datos por vía telefónica) y transmitir mensajes públicos o directos, además de subir y bajar archivos.

Para 1994 se lanza al mercado el sitio “Geocities”, una especie de blog personal, la particularidad de la página consistía en que a cada sitio se le asignaba un “sector” diferente dependiendo su tipo y con ello se le determinaba a su vez un número;⁶ así existían lugares solo de ciencia ficción, o solo de tecnología, o de educación,

³ www.redalyc.org/pdf/282/28210403.pdf

⁴ Sánchez, I. Análisis de redes sociales e historia: una metodología para el estudio de redes clientelares. España: Universidad Complutense de Madrid. 2006 Pág. 187 Retrieved from <http://www.ebrary.com>

⁵ Ibid. Pág. 189

⁶ <http://laflecha.net/archivo/canales/blackhats/noticias/la-historia-de-geocities>

generando con ello un progreso grande en los visitantes, quienes podían en una misma página poseer diversos sitios y a su vez llenarlos de contenidos de diferentes tipos.

Al año siguiente La Web alcanza el millón de sitios web, y en el mismo año Randy Conrads lanza al mercado su sitio web “Classmates” considerado la primera red social por excelencia. Su idea tuvo origen al notar que había muchas personas de la secundaria a las que no había vuelto a ver para la fecha, y quiso crear un sitio en el que básicamente pudiera contactarse a gente de la que no se había vuelto a saber, antiguos compañeros o amigos.⁷ El sitio fue un éxito y genero un impacto social debido a la posibilidad de conexión que brindaba, podemos decir que las redes sociales posteriores partieron de este modelo, al que obviamente le hicieron mejoras y avances debido a las nuevas tecnologías.

Para 1996 la Universidad de Stanford quería implementar un buscador propio para el campus, por lo que contratan a Larry Page y Sergey Brin quienes colaboran en el desarrollo de un motor de búsqueda llamado BackRub⁸, el cual se utilizó en Stanford por más de un año.

Un año después, se da inicio al primer chat en línea con el nombre de “AOL Instant Messenger”, dando así la posibilidad de una comunicación ya instantánea vía internet.⁹ A su vez en este mismo año Larry y Sergey finalmente lanzan al mercado su propio buscador, denominado “Google” se registra como dominio el 15 de septiembre de 1997, con la denominación google.com. El nombre, no es más que un juego de palabras, basado en el término matemático “gúgol” (el número uno seguido de 100 ceros), su idea era plasmar la posibilidad de un lugar donde existiera una cantidad infinita de información.¹⁰

Al año siguiente se lanza la página “Friends reunited” un sitio similar a Classmates pero con iniciativa británica¹¹; para este momento podemos notar ya un fuerte impacto de

⁷ 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

⁸ Ibíd. Pág. 295

⁹ Ibíd. Pág. 298

¹⁰ <http://www.informatica-hoy.com.ar/aprender-informatica/De-donde-proviene-el-nombre-Google.php>

consultado el 21 de noviembre del 2015

¹¹ <http://www.marketingdirecto.com/digital-general/social-media-marketing/la-historia-del-negocio-de-los-social-media-de-1978-a-2012/> consultado el 21 de noviembre del 2015

las “redes sociales” las personas alrededor del mundo empezaron a darle una elevada importancia por lo que para las grandes compañías se convirtió en una idea sólida y además rentable.

Para 1999 se presenta en el mercado “MSN Messenger” por parte de la corporación Microsoft.¹² Y un año más tarde llega el auge completo del internet, alcanzando setenta millones de ordenadores conectados a la Red durante el 2000.¹³

En el año 2002 se lanza una nueva red social llamada “Friendster” un sitio creado con el objeto de establecer vínculos con los amigos de tus amigos, creyendo que esto facilitaría el inicio de una amistad, esta red social te pone en contacto con amigos “reales” gente que conoces y que te conoce verdaderamente¹⁴, el resultado fue un éxito total, logrando millones de registrados a los pocos meses de su lanzamiento, y al paso de un año recibieron una oferta de compra por parte de Google de 30 millones de dólares en acciones.

Sin embargo lo que en un comienzo le represento triunfo al sitio, posteriormente lo afecto de manera irreversible, como ya mencione antes; en esta red para establecer relación con alguien tenía que ser un amigo “real” y no se permitía establecer vínculo con nadie con quien existieran más de cuatro grados de separación, así mismo no se podían ver estos perfiles, este hecho a largo plazo causo que los usuarios fueran abandonando el sitio.

Un año más tarde, varios expertos en informática después de haber observado la notoriedad de “Friendster” quisieron crear un sitio similar con la diferencia que este diera apertura para relacionarse con personas *más* “lejanas” respecto a los grados de separación, con este objeto se crea “Myspace” por parte de Chris DeWolfe y Tom Anderson fundada en este mismo año¹⁵, red social que domino el internet en ese período a pesar de haber sido codificada en tan solo 10 días.

¹² Ibid. Pág. 303

¹³ www.fayerwayer.com/2010/12/2000-2010-la-decada-de-las-redes-sociales/ consultado el 2 de diciembre del 2015

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid. Pág.323

El 4 de febrero del año 2004 Mark Zuckerberg crea “Facebook”, una plataforma social dentro de la Universidad de Harvard, la cual era utilizada de forma interna por los alumnos del campus¹⁶, así estos podían subir fotos, etiquetar a sus amigos en ellas, y escribir lo que pasaba en su día a día, pero con el tiempo se abrió a todo aquel que poseyera una cuenta de correo electrónico, dando una facilidad y rapidez únicas para adherirse al sitio.

Al año siguiente se da el nacimiento de “YouTube” red que fue fundada por Chad Hurley, Steve Chen y Jawed Karim en San Bruno, California¹⁷; su idea del sitio nació ante los problemas que observaron al tratar de compartir videos tomados durante una fiesta, lanzaron el sitio en febrero y para fines del 2005, su página era visitada unas 50 millones de veces al día, cifra que se disparó en los meses siguientes hasta alcanzar las 250 millones de visualizaciones diarias. YouTube y Myspace se encontraban estrechamente ligadas, debido a la cantidad de enlaces compartidos entre estas, para este mismo año la segunda ya era la red social más visitada del mundo.

A inicios del año 2006 varios jóvenes que trabajaban para la compañía Podcasts Odeo, Inc., de San Francisco se enfrentaban a una gran cantidad de competidores y era fundamental para la empresa generar nuevas ideas, en una de las reuniones Jack Dorsey propuso usar SMS para contarle a un grupo pequeño que estaba uno haciendo.¹⁸ Iniciado el proyecto se consideraron varios nombres el elegido al final fue “Twitter” en palabras del propio Dorsey "una corta ráfaga de información intrascendente", el "pio de un pájaro"¹⁹, que en inglés es twitt. Twitter se lanzó al mercado en julio de ese mismo año; al mismo tiempo la red social Myspace superaba a Google como el sitio web más visitado en los Estados Unidos.

Para el 2007 Facebook había crecido considerablemente y ya se había convertido en un fenómeno mundial, por ello el sitio se tradujo a diferentes idiomas; el español, el francés y el alemán fueron los primeros en incluirse en la red social, obviamente este

¹⁶ Viswanath, B., Mislove, A., Cha, M., & Gummadi, K. P. (2009, August). On the evolution of user interaction in facebook. In Proceedings of the 2nd ACM workshop on Online social networks (pp. 37-42). ACM.

¹⁷ Cha, M., Kwak, H., Rodriguez, P., Ahn, Y. Y., & Moon, S. (2007, October). I tube, you tube, everybody tubes: analyzing the world's largest user generated content video system. In Proceedings of the 7th ACM SIGCOMM conference on Internet measurement (pp. 1-14). ACM.

¹⁸ Krishnamurthy, B., Gill, P., & Arlitt, M. (2008, August). A few chirps about twitter. In Proceedings of the first workshop on Online social networks (pp. 19-24). ACM.

¹⁹ Ibid.

avance le permitió un incremento aun mayor y tan solo un año después ya superaba a MySpace convirtiéndose en la red social más utilizada en el mundo entero contando con más de 200 millones de usuarios.

En el año 2009 Facebook alcanza los 400 millones de miembros, y MySpace desciende hasta los 57 millones. Ese mismo año en la compañía Cold Brew Labs, iniciaban el desarrollo de un nuevo producto; una aplicación llamada “Tote” que sería básicamente una especie de catálogo de moda para el iPhone, pronto los desarrolladores de Tote observaron que los usuarios seleccionaban y etiquetaban las imágenes para ver más tarde, además guardaban dichas fotos y las compartían con sus amigos y familiares.

Ben Silbermann uno de los colaboradores comento a sus amigos Paul Sciarra, y Evan Sharp sobre esto y así fue como nació la idea de un sitio en el que pudieras “guardar” con solo un toque cosas que te parecieran atractivas, dando comienzo a un nuevo tipo de red social en el que lo que compartías en línea fueran cosas que te gustaban.²⁰

Un año más tarde los empresarios de Google crean su propia red social a través del correo electrónico Gmail, sacando al mercado “Google Buzz”²¹, este servicio permitía a los usuarios registrar actualizaciones de estatus, compartir contenidos y comentar sobre los posts de sus amigos. Entre tanto la idea de Silbermann sumada a la colaboración de sus socios Sciarra y Sharp rendía frutos, llegando al mercado la aplicación “Pinterest” en marzo del 2010²², el nombre proviene de dos palabras Pin (clip) Interest (interesante) el objetivo de la misma es “conectar a todos en el mundo, a través de cosas que encuentran interesantes” en palabras de Silbermann. El éxito de Pinterest fue abrumador y meses más tarde ya contaba con 10000 usuarios.

Por otro lado Facebook conquistaba los 550 millones de usuarios, Twitter registraba diariamente 65 millones de tweets aproximadamente y YouTube recibía dos billones de visitas diarias.²³ Google Buzz no tuvo la misma suerte, se generó preocupación de forma inmediata por parte de los usuarios, ya que se creaba automáticamente un círculo de amistades basado en los correo electrónicos más utilizados y esta lista se

²⁰ González, M. M. Á. (2013). Pinterest: la red social visual y creativa. España: Editorial UOC. Retrieved from <http://www.ebrary.com>

²¹ <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20130527/abci-google-buzz-cierre-201305271100.html>

²² Ibid.

²³ Castells, M. (2001). Internet y la sociedad red. La Factoría, 14, 15.

hacía pública permitiendo que cualquiera conociese con quienes se dialogaba; en mi opinión es la primera red social que tuvo problemas respecto a la privacidad dentro del mundo virtual, por ello únicamente duró un año tras el cual se canceló.

En el 2011 los empresarios de Google tras su fracaso anterior, se arriesgan con una nueva propuesta de red social lanzando al mercado “Google+”²⁴ mientras tanto MySpace intenta reinventarse para recuperar el puesto que había tenido, lanzando una nueva versión donde el sitio se orientaba totalmente a descubrir música y dejaban de lado lo social. La recién fundada Pinterest alcanzaba los diez millones de visitantes mensuales y Twitter multiplica sus cifras rápidamente aumentando los tweets recibidos hasta los 33 billones.

A inicios del 2012 Facebook superaba los 800 millones de usuarios, y Google+ registraba 62 millones. Para el año 2013 el número de internautas llega a los 2.200 millones, de los cuales el 17% se situaba en China y el 11% en América Latina.²⁵

Para el año 2014 el 50% de teléfonos móviles ya eran teléfonos inteligentes²⁶, es decir se da una conexión en redes sociales de manera habitual directamente desde el teléfono sin necesidad ni si quiera de prender la computadora. Y finalmente llegado el 2015 se alcanzan los 3000 millones de usuarios en internet.

Un artículo publicado por Phred Dvorak en The Wall Street Journal ponía de manifiesto la adaptación mundial a un modo de vida digital: “ni siquiera los que no tienen casa están dispuestos a renunciar a un perfil en Facebook. De hecho, en Estados Unidos millones de indigentes cuentan con lugares gratuitos donde pueden revisar sus perfiles en redes sociales, el correo electrónico y participar en foros”.²⁷

Mi pregunta sería: ¿qué es lo que le da tal impulso a las redes sociales? Pues para mí la fuerza de la red proviene claramente de los usuarios, sin usuarios no existiría red social alguna. Pero que es lo que provoca a los seres humanos a socializar mediante las redes; en una entrevista, la profesora Sor María Antonia Chinello, maestra en la

²⁴ Ibíd. Pág.347

²⁵ Ibíd.

²⁶ <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2014/05/17/15-datos-curiosos-del-uso-de-internet>

²⁷ Dvorak, P. (2009). On the street and on Facebook: The homeless stay wired. The Wall Street Journal, A1.

Universidad Auxilium, en Roma, declaraba: “Está probado que en la red es un poco más fácil compartir dificultades, esperanzas, temores, hablar de temas de los cuales quizá daría pena cara a cara, porque se temen las reacciones inmediatas en el otro”.²⁸

Es cierto, podría decirse que el contacto vía internet es mucho más sencillo que el contacto personal, hay quienes explican que pueden mandar mensajes diciendo ciertas cosas que no se atreverían a confesar en persona además de que no tienen que esperar la reacción del otro, y de cierta forma se desvinculan un poco de sus palabras.

"El hombre es un ser social por naturaleza"²⁹, ya lo había descubierto Aristóteles siglos atrás pero en ese momento no se pensaba que se pudiera llegar a “socializar” de la manera actual; en estos días podemos notar la importancia que los seres humanos le hemos llegado a dar a las redes sociales, al universo virtual, llegando incluso a perderse de alguna manera las relaciones personales y dándose apertura a un espacio donde las amistades se tornan en algo cibernético, un universo en el que si no estás en las redes es como si estarías apartado del mundo y por ende de la sociedad.

Entonces, ¿qué efectos negativos nos trae esto?, estamos perdiéndonos la interacción real, estamos teniendo conductas que más que sociales deberían considerarse antisociales, mesas llenas de personas donde no conversan entre ellas sino están preocupados de sus perfiles o de los comentarios de fotos de todo menos de la conversación de ese momento.

1.2 El poder de las redes sociales

Cuando discutimos acerca del poder existente en las redes sociales encontramos dos matices por completo diferentes, en primer lugar tenemos a los usuarios de las redes sociales, y el poder que estos ejercen sobre el resto de usuarios con los que tienen conexión en el medio; ya se ha comprobado científicamente que las noticias de tus amigos de las redes influyen en tu estado de ánimo, e incluso en tu visión política.³⁰

²⁸ www.iglesia.cl/especiales/jmcomunicaciones2010/archivos/redes.doc

²⁹ Frases célebres de hombres célebres. Editorial México, 1949.

³⁰ BOWMAN, S., y WILLIS, C. (2003). We Media. How audiences are shaping the future of news and information. Disponible en http://www.hypergene.net/wemedia/download/we_media.pdf

Para ejemplificar el alcance del poder al que se llega vía internet podemos recordar la difusión de un simple virus informático tal como el famoso “I love you” este enviaba un correo electrónico que en el asunto mostraba las palabras “I love you” acompañado de un archivo adjunto denominado Una carta de amor para ti.³¹ Al momento que se ejecutaba el archivo, el virus se reenviaba a toda la lista de contactos del usuario. Por su manera tan repentina de llegar y el mensaje que contenía los usuarios lo abrían de inmediato, de esta manera consiguió infectar a más de 45 millones de ordenadores, y ocasiono dos billones en pérdidas.

Por otra parte en el internet basta con que un individuo publique un video, twitt o estado para que este pueda llegar a convertirse en “viral”³², el efecto viral se produce cuando un contenido publicado en Redes Sociales origina interés de varias personas y empieza a propagarse por este medio, algo así como el tradicional boca-boca pero a mayor escala y donde la clave es la rapidez con la que se propaga, de ahí su semejanza con un virus.

Además de que sirven como medio de difusión en cuanto a la información, nos hallamos frente a una fuente de ayuda para una persona que busca un empleo, la búsqueda de nuevas oportunidades, o la posibilidad de establecer nuevos contactos profesionales. En pocas palabras la red social permite a los usuarios entrar en contacto con otros profesionales de su sector a través de amigos en común, ayudando a mejorar las conexiones con otras personas que en circunstancias normales serían inaccesibles debido a su cargo o responsabilidad.

Incluso desde la perspectiva de los empresarios que buscan nuevos candidatos para desempeñarse dentro de su compañía emplean este nuevo recurso para identificar posibles aspirantes en sus procesos de selección o profundizar en la información disponible del perfil de los postulantes seleccionados³³; es por ello que las redes sociales ya forman parte del plan de marketing de las empresas, llegando a un 79% de las mismas. También desde el punto de vista de los consumidores o compradores en

³¹ <http://www.informatica-hoy.com.ar/historia-de-la-computadora/Los-virus-informaticos-mas-famosos-de-la-historia.php> consultado el 13 de enero del 2016

³² <http://www.fundeu.es/recomendacion/viral-valido-como-sustantivo/> consultado el 13 de enero del 2016

³³ Calvó-Armengol, A. (2006). Redes sociales y mercado laboral. Centre de Recerca en Economia Internacional, Universitat Pompeu Fabra.

línea el 46% de usuarios consideran fiable la información que obtienen en las redes sociales.

Detrás del “poder” de los usuarios dentro de una red social, se encuentran los dueños de las mismas es decir el verdadero poder; como operan estas grandes empresas dentro del mundo cibernético ejerciendo dominio sobre la mayoría del mundo en un universo paralelo, el modelo que emplean es el de un negocio cualquiera, su búsqueda diaria es el incremento del número de usuarios habituales de la plataforma para garantizar su rentabilidad a largo plazo y, de esta forma, mejorar su explotación comercial.³⁴ La búsqueda de nuevos usuarios se fundamenta en que ellos diariamente intercambian información, documentos, vídeos, imágenes que, con un tratamiento apropiado, pueden proporcionar a la plataforma el éxito de una campaña comercial. Recientes estudios de medición y análisis del tráfico en Internet informan que dentro de los 500 sitios web más visitados del mundo se encuentran al menos 5 redes sociales (Facebook, MySpace, Hi5), entre las veinte primeras posiciones.³⁵

Por continentes, se puede afirmar que los contenidos con mayor número de usuarios recurrentes registrados en redes sociales se encuentran en América del Norte y América Latina, seguidos de Asia y Europa.³⁶ Además, se observa cómo las redes más utilizadas varían en cada región del mundo.

En el momento en el que la red social cuenta con un número suficiente de usuarios y perfiles, se da inicio a una fase de explotación, esta puede darse de varias formas, tales como:

- Publicidad: basada en el comportamiento de los usuarios dentro de la plataforma.
- Suscripciones premium: la plataforma tiene dos tipos de contenidos, para una versión más completa, o con más aplicaciones, el usuario tiene que suscribirse a las opciones de pago.

³⁴ Véase el Monográfico: «V Congreso Internet, Derecho y Política (IDP) Cara y cruz de las redes sociales» en la Revista de Internet, Derecho y Política. Universidad UOC. Núm. 9, Diciembre 2009.

³⁵ *Ibíd.*

- Donativos: los usuarios, de forma espontánea, realizan donativos por medio de instrumentos similares al servicio de Paypal para el mantenimiento de la plataforma.

Se considera que a mayor número de usuarios recurrentes, mayor valor de la plataforma, sin embargo aunque se estima que el valor de una red social promedio se sitúa en los 15.000 millones de dólares aproximadamente³⁷, son las inversiones de grandes corporaciones, las que se encargan de mantener económicamente la infraestructura de estas.

Dejando de lado el poder económico que estas ejercen en el mercado, llegamos al punto fundamental el poder que tienen los dueños de las plataformas de redes sociales respecto a los datos de sus usuarios; usuarios exponen no sólo sus datos de contacto o información profesional (formación, experiencia laboral), sino que exponen de manera pública sus vivencias, gustos, ideología y experiencias³⁸, lo que conlleva que el número de datos de carácter personal puestos a disposición del público y de los dueños de las plataforma, sea sumamente alto, pues a estos se les otorga conocimiento de la vida privada de cada uno de sus miembros.

Existe un problema originado en la falta de prudencia por parte de los usuarios de que sus datos personales serán accesibles por cualquier persona y del valor que éstos llegan a alcanzar en el mercado, para los dueños de las redes sociales cada usuario es una cifra económica de la cual depende su rentabilidad, sin embargo los usuarios hacen plenamente públicos datos y características personales que no expondrían en la vida cotidiana incluso; como ideología, orientación sexual y religiosa, etc.

El poder que obtienen las grandes plataformas se origina a través de las condiciones de registro aceptadas por los propios usuarios, en las cuales éstos ceden derechos plenos e ilimitados sobre todos aquellos contenidos propios que coloquen en la plataforma³⁹, nuestra información personal, y más aún en el caso de datos sobre nuestra vida privada no deberían revelarse con tanta facilidad dentro de una red social; pues

³⁷ revistas.ucm.es/index.php/DCIN/article/viewFile/DCIN1010110045A/18656 consultado el 20 de enero del 2016

³⁸ HUETE NOGUERAS, J. (2010). «Comentarios en torno al origen de las redes sociales y algunos aspectos del tratamiento de los datos de carácter personal aportados por las mismas», Revista Otrosí., núm. 4, Octubre de 2010. 5ª Época, p. 19.

³⁹ *Ibíd.* Pág. 224

regresando al tema de la rentabilidad de las plataformas dueñas de las redes sociales el negocio de las mismas consiste en la venta de la información de sus usuarios a las empresas de consumo y a las agencias de publicidad.

Existe una gran industria que se dedica a recopilar, limpiar, organizar y empaquetar estos datos para su uso publicitario, una de las más grandes de Europa en el llamado lead generation⁴⁰, es decir en la creación de fichas con datos personales reales y contrastados, es española; se trata de “Adsalsa”, considerada en el sector como una de las más importantes, Raúl Abad, Director de Marketing de Adsalsa explica: “el precio de un lead (persona con datos verificados) varía dependiendo de la cantidad de información, “entre los 2 y los 10 euros, hasta 15 euros los lead Premium”.⁴¹

Y como esta existen sin número de empresas dedicadas a juntar ordenar y vender estos datos, de forma que la información personal como números de teléfono, correos electrónicos acaban en grandes bases de datos que se venden o alquilan a empresas interesadas.

En toda red social es una situación muy común, visitas una determinada página, enseguida recibes, sin saber muy bien desde dónde, publicidad que nunca has pedido que te envíen. O en otros casos un mensaje de texto, una llamada de teléfono ofreciendo un producto a unas horas inoportunas o un bombardeo de correos electrónicos, los datos de millones de usuarios están ahí fuera y los grandes se está lucrando con ellos; empresas de marketing usan bases de datos con información personal de miles de personas. En ellas se encuentran nombres y apellidos, números de teléfono, correos electrónicos y direcciones físicas. Incluso se puede clasificar a las personas dependiendo de sus gustos. Lo preocupante de todo esto es que en la mayoría de casos los usuarios presentes en estas bases de datos desconocen que están ahí y que se está mercadeando con su información y mucho menos están conscientes del hecho que han cedido esta información libremente.

⁴⁰ Dentro del área del marketing, podemos definir un lead como el registro de un individuo que muestra interés en la adquisición de un bien o la contratación de un servicio.

⁴¹ Sanz, R. M. G. (2011). Redes sociales online: Fuentes de acceso público o ficheros de datos personales privados (Aplicación de las Directivas de protección de datos y privacidad en las comunicaciones electrónicas). Revista de Derecho Político, (81), 102.

Y la sobreexposición de algunos usuarios no tiene límites, llegando al siguiente nivel en lo que a ostentación de datos personales se trata dando entrada a la geolocalización en las redes sociales, es decir la posibilidad de hacerles saber a los demás usuarios donde se encuentran en un momento específico, causando que se aumente desmedidamente el nivel de secuestros y robos a nivel mundial debido a esta tendencia.

Hay que tener en cuenta que la mayoría de los servicios que utilizamos en Internet no son realmente gratuitos, los pagamos con la información y datos que constantemente estamos compartiendo con nuestros círculos sociales (familiares, compañeros de trabajo y amistades). “Esta información es sumamente valiosa para las empresas de marketing de Internet”⁴², (Cristos Velasco, fundador y director de Protección Datos México.)

El inconveniente radica que muchas personas por no decir todos no examinan los contratos de adhesión que contienen las páginas de Internet, por ello muchos no saben que cuando acceden están entrando a una propiedad privada y por el derecho de navegar en ella tienen que sujetarse a ciertas reglas. Es importante que se lean las reglas a las que se está obligando por acceder y darse de alta en un portal o en una aplicación.

Un caso particular donde la mayoría de las personas se ven involucradas en el tema de las redes sociales, es el caso de las páginas de citas, ya que generalmente para acceder a este servicio, se debe abonar una suscripción para obtener una membresía, lo cual da lugar a un contrato entre las partes.

El precio final de su uso mensual usualmente no está comunicado de forma evidente, por lo que podríamos denominar a esta estrategia como “publicidad engañosa” pero que, al mismo tiempo, no llega a entrar en el terreno de la ilegalidad.⁴³

⁴² <http://eleconomista.com.mx/finanzas-personales/2015/05/21/que-hacen-twitter-facebook-sus-datos-personales> consultado el 2 de febrero del 2016

⁴³ <http://www.delitosinformaticos.com/02/2015/denuncias/redes-sociales-denuncias/paginas-de-citas-el-peligro-de-no-leer-los-terminos-y-condiciones> consultado el 2 de febrero del 2016

Muchas personas suscritas a estos sitios han denunciado el pago de cifras descomunales en comparación con lo que el anuncio comunicaba, y al intentar darse de baja, les ha sido denegado ya que habían aceptado un contrato de permanencia.⁴⁴

1.2.1 El Contrato de Adhesión dentro de las Redes Sociales

El contrato por adhesión es aquella modalidad contractual por medio de la que un sujeto contratante elabora (de forma anticipada) el contenido del contrato colocando a su contraparte en la posición de decidir si contrata o no en dichos términos, quedando en la alternativa de adherirse o no (es decir, se restringe la negociación a lo que señala la parte que redacta el documento contractual).⁴⁵

Existen varias teorías respecto a este contrato:

- Teoría de Acto unilateral:

Sustentada por autores franceses hasta antes de la segunda guerra mundial consideran que nos encontramos frente a un acto unilateral.

- Teoría de Contrato:

Se presenta después de la segunda guerra mundial. Sostiene en forma unánime que los contratos por adhesión son contratos como cualquier otro, quizás especiales, pero sin dejar de ser un contrato.

- Teorías Ecléctica:

Fue aquella que trataba de conciliar ambos sistemas, tomando un poco de cada uno.⁴⁶

⁴⁴ Ibíd.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Ibíd. Pág. 41

Algunos consideran que de hecho se da una relación contractual por medio de ambas partes, otra teoría dice que se trata de un acto unilateral y finalmente existe una tercera teoría que trata de conciliar a las dos anteriores en una.

En mi opinión al momento que uno se “adhiera” a algo claro puede firmarse un documento y tomárselo como un contrato escrito sin embargo la adhesión más que tener un consentimiento tendría una especie de sometimiento, una negociación en la que solo se puede aceptar para formar parte, y si no se acepta, ya no cabe la posibilidad de negociar no deja de ser algo abusiva especialmente cuando la parte débil depende de ese negocio por lo que tendrá que aceptar de cualquier manera.

Si se analiza la relación jurídica que surge de la prestación del servicio entre la plataforma titular de la red social y el usuario, estaríamos claramente ante un contrato por adhesión, es decir aquellos en los cuales el contenido contractual ha sido determinado con anticipación, por uno solo de los contratantes.

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 o ingreso a una red social abierta. Cuando una plataforma presta servicios a millones de usuarios, es físicamente imposible que logre crear tal número de contratos de manera individual, y al tiempo requerido⁴⁷ por lo que el uso de contratos estandarizados y la posición del usuario de “tómalo o déjalo”, conducen a la conclusión que los contratos utilizados en redes sociales digitales corresponden a contratos electrónicos directos de adhesión.

En el contrato de adhesión las cláusulas están determinadas por uno solo de los futuros contratantes en este caso por la red social en cuestión, de manera que el otro; es decir el usuario no puede modificarlos o hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

⁴⁷ Echebarría Sáenz, Joseba A (Coord.) El Comercio Electrónico. Edisofer S.L. Madrid: 2001. Pág.34

El contrato de adhesión envuelve un consentimiento sin deliberaciones previas al aceptarse una fórmula pre establecida.⁴⁸ Por lo tanto el usuario al intentar realizar el proceso para registrarse en cualquier sitio web que preste este tipo de servicios, tales como Facebook, Hi5, MySpace, debe obligatoriamente aceptar y prestar conformidad a los términos y condiciones del sitio y políticas de privacidad impuestas unilateralmente.

Entonces las cláusulas digamos que rigen la relación contractual, pasan a ser los términos y condiciones (Terms of Service) y las Políticas de Privacidad (Privacy Policy).⁴⁹

El problema principal que se genera debido a la naturaleza jurídica de estos contratos en Internet, se da en torno al consentimiento del usuario, es decir; ¿hay un consentimiento real e informado al momento de aceptar las cláusulas para llevar a cabo la registración?, o simplemente están apurados por ingresar al sitio y no leen los términos que están admitiendo; es un hecho que la mayoría de gente incluyéndome, más de una vez me he saltado la lectura de estos y simplemente he dado click en acepto sin conocer que era lo que me encontraba aceptando.

En palabras del Dr. Ricardo Lorenzetti: “la regla es la disminución de la información que se obtiene para actuar, derivada de su alto costo marginal y de oportunidad; disminuye la racionalidad y aumenta la fe en los sistemas complejos, distantes, abstractos, que llega a ser casi religiosa. El acto de relacionamiento con el sistema se automatiza, se simplifica de modo que el sujeto que lo celebra no tiene conciencia de sus efectos jurídicos”⁵⁰

Es evidente que existen casos en los que resulta provechoso para ambas partes llevar a cabo este tipo de contratos y aún más por estos medios electrónicos que sin duda nos brindan eficacia, además no quito que existan personas que de hecho si leen las condiciones impuestas; no trato de restarle validez al consentimiento del usuario sino de plantear el problema típico que de por si viene incluido en los contratos por

⁴⁸ Giuseppe CASTROVINCCI. Milán, 1999, pág. 128.)

⁴⁹ Hocsmán, Heriberto Simón. Negocios en Internet. Editorial Astrea. Buenos Aires: 2005. Pág. 14.

⁵⁰ <http://www.gonzalezfrea.com.ar/derecho-informatico/aspectos-legales-redes-sociales-legislacion-normativa-facebook-regulacion-legal-argentina/265/>

adhesión, añadiéndole digamos una desventaja más considerando que el usuario no tiene la información suficiente o no la entiende, no sabe en realidad a lo que se compromete, por lo que teóricamente no es un consentimiento real, la mayoría de usuarios en redes sociales ignoran que la relación que los une con la plataforma es de hecho un contrato.

Aparte del problema en cuanto al consentimiento del usuario el segunda punto central se presenta respecto a la jurisdicción pactada en los términos y condiciones del sitio web, que generalmente son en países extranjeros (Facebook, Twitter, Hi5, etc.).⁵¹

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 fuero.⁵²

Al momento que la parte débil de la relación contractual, el usuario tenga algún tipo de problema debido a la red social le resultara prácticamente imposible llevar a cabo una contienda con los dueños de la plataforma, en virtud del excesivo costo que acarrearía la misma debido a la distancia, considerando que se tendría que litigar en una jurisdicción distinta a la natural, así se vuelve absurda si quiera una expectativa de hacer valer sus derechos.

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 jurídica.⁵³

Por ejemplo, en la red social MySpace se puede encontrar la siguiente cláusula en los términos de uso del sitio web:

⁵¹ 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

⁵² Ibíd. Pág. 518

⁵³ Estudio sobre la Privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online. Agencia Española de Protección de Datos

1. El Acuerdo se registrará 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.

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.

Bajo el principio de autonomía de la voluntad, las partes escogen como derecho aplicable a la relación jurídica internacional a las leyes del Estado de Nueva York.⁵⁴

Como conclusión, en cuanto a los contratos que se llevan a cabo con las redes sociales los llamados de adhesión, en cuanto a la jurisdicción y derecho aplicable nacerán 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 la jurisdicción y derecho aplicable al contrato en caso de conflicto, y todos los usuarios contratantes con los mismos han puesto a disposición de las grandes plataformas su jurisdicción y por añadidura su capacidad de defenderse en caso requerido en manos de estas.

⁵⁴ MySpace. Terms of use. <http://www.myspace.com/help/terms>

1.2.2 Los datos personales dentro de las redes sociales

Respecto a nuestros datos personales, todos tenemos derecho a una protección plena de los mismos, a conocer quien los posee y porque, de lo contrario habría una inseguridad general en la sociedad.

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, [...]”⁵⁵ 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.”

“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”. El carácter de personales se define como “aquellos que tienen características indetectorias de las personas o que se les puede imputar a ellas; adquiriendo una significativa importancia la regulación del uso de los mismos”.⁵⁶

Por consiguiente, los datos personales nos permiten deducir conclusiones que son atribuibles a una persona y la identifican como particularmente único. El ser humano es materia de registro de datos desde su nacimiento hasta el fallecimiento, pues toda su existencia queda registrada en bases de datos; se registra la fecha de nacimiento, padres y lugar, 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, permitiéndonos así crear una historial de sus hábitos, gustos y consumos.

⁵⁵ Cesario, Roberto. Habeas Data. Ley 25.326. Editorial Universidad. Buenos Aires: marzo del 2001. Pág.24

⁵⁶ Delpech Fernández, Horacio. Internet: Su problemática jurídica. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2001. Pág.210

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.⁵⁷

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.

La creación de las redes sociales ha expandido el número de datos posibles de almacenar y de igual manera han elevado las posibilidades de que estos caigan en manos incorrectas. 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:

“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 ulteriores relacionadas con los contactos, especialmente las relativas a la ejecución contractual, efectuadas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de comunicación.”⁵⁸

Dentro de una red social cabe la posibilidad de comprar algo o pagar por un servicio, en estas 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.

⁵⁷ Ibíd. Pág. 26

⁵⁸ 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.

Por consiguiente, esta información 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.”⁵⁹

Con el fin de mantener la vigencia extraterritorial del derecho a la protección de datos personales, se debe asegurar que “la 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.”⁶⁰, 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.⁶¹

Tomando en cuenta el crecimiento de las redes sociales y su utilización en el mundo actual, y atendiendo a este fenómeno global de la red abierta es necesaria la estandarización en cuanto a la protección de datos personales. La informática permite no solo el acceso a datos personales existentes, sino que permite la recopilación de millones de datos personales por segundo, posteriormente su distribución y finalmente la obtención de beneficios económicos por su comercialización. Tanto el beneficio como la afección que arrastra la cantidad de información que circula y sobre todo al tiempo que lo hace afectan 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.”⁶²

Debido a esto la promoción de este derecho debería darse a niveles supranacionales permitiéndonos llegar a una noción unánime respecto a su objeto, concepto y finalidad.

⁵⁹ 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

⁶⁰ Llanea González, Paloma. Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y comunicación. Editorial Bosch S.A. España: 2000. Pág. 260

⁶¹ Ibíd. Pág.262

⁶² Ibíd. Pág.274

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”.⁶³ De la misma forma, 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.”⁶⁴

Además, 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 trata 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.

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;”⁶⁵

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

⁶³ Delpech Fernández, Horacio. Internet: Su problemática jurídica. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2001. Pág.210

⁶⁴ Ley 15/99 LORTAD (España). Artículo 3.

⁶⁵ Ibíd. Pág. 211

aplicadas a datos personales.”⁶⁶ De manera que las operaciones a las que se refiere sobre el tratamiento de datos hace sugerencia a todos los procesos en los que se encuentran implicados 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;”⁶⁷

Dentro del marco de la contratación electrónica y el comercio electrónico existen contratos que se desarrollan enteramente 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 [...]”⁶⁸ 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 a fin de obtener una cuenta: nombre, apellidos, correo electrónico, contraseña, sexo y fecha de nacimiento⁶⁹.

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, se equipara a una dirección postal en el mundo virtual, y por lo tanto, como un dato de carácter personal, puede ser empleado para el envío de publicidad indeseada, como el spam.”⁷⁰

El uso del correo electrónico actualmente es necesario para mantener las relaciones sociales, profesionales y de negocios, éste es el nuevo medio de comunicación y

⁶⁶ 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. Consultado el 22 de febrero del 2016

⁶⁷ Ibíd.

⁶⁸ Ibíd.

⁶⁹ Facebook.com. Regístrate. <http://www.facebook.com/> consultado el 22 de febrero del 2016

⁷⁰ Óp. Cit. García Rubio. Pág.464

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 utilizada.

1.3 Uso político y participativo de las redes sociales

Desde la famosa campaña de Obama “Yes, We Can”⁷¹ en Estados Unidos, las redes sociales, se han convertido en una herramienta fundamental en las carreras políticas. Estas plataformas mundiales se han transformado en el mayor espacio de opiniones públicas a nivel mundial, y en todos los ámbitos que conocemos.

Gracias a su capacidad de aprovechar vínculos existentes, e impulsar la creación de nuevas relaciones las redes sociales se están presentando como la puerta a través de la cual, los gobiernos, los políticos y las distintas administraciones se relacionan directamente con los ciudadanos que utilizan estas herramientas, no sólo a través del intercambio directo de información (en forma de inquietudes, consultas, etc.) sino a través de videos, fotos, música y una creciente gama de aplicaciones que facilitan y motivan una comunicación e interacción constante entre Estado y ciudadanos.

Las redes sociales como Facebook, Twitter o Google+ han trasladado la interacción y el consumo de medios al plano digital social, reflejando las motivaciones y preocupaciones de sus miembros, siendo una de ellas la política.

El interés por informaciones de índole política ha terminado convirtiendo a estas redes sociales en algo así como portales parapolíticos que, si bien no nacieron con esa intención han servido de herramienta para incentivar el intercambio y el debate de una manera más rápida y fácil. Sin embargo, algunos estudios han señalado una serie

⁷¹ http://www.mk-r.es/pdf/WP6_Obama.pdf

de cuestiones que pueden poner en duda que tan efectivo es para una sociedad la generación del debate y diversidad dentro de las redes sociales en cuanto a contenido político.

En las redes sociales, existe incluso la posibilidad de reducir los contenidos que aparecen en las informas personales para así solo percibir aquellas noticias con las que el usuario está de acuerdo, las que refuerzan su ideología, limitando de esta forma la pluralidad del material textual o audiovisual al que tiene acceso.

Esta es la conclusión a la que ha llegado Facebook a raíz de un estudio promovido por la compañía y que ha sido publicado por la NBC News.

Según explica el estudio, es el propio usuario quien “decide” lo que va a aparecer en el News Feed de su perfil de Facebook a partir de elecciones directas sobre lo que ve. Aunque el usuario sea propenso a consultar contenido político afín y no afín a sus ideas políticas, al final, su alineamiento ideológico tendrá un reflejo en el contenido que Facebook le irá mostrando a través del News Feed⁷², lo que implica que cada vez contendrá más contenidos favorables a su visión del mundo y menos de los que difieren.

Por otro lado el internet da una facilidad para que tanto él un lado como el otro pueda poner su opinión o contar su versión de las cosas y estas redes sociales acaban siendo un bombardeo de información para todos quienes son miembros de las mismas.

Al hablar del tema de los usuarios podemos ver que cada uno se aísla de las noticias con las que no concuerda pero este es el problema menor; que sucede con el contenido que publican los propios políticos, con las historias que cuentan o sus versiones de los hechos.

Por un lado el internet da la posibilidad absoluta de difundir cualquier información del sector público, la vida política o cualquier contenido, esto trae como consecuencia que los propios ciudadanos se conviertan en difusores de información; pasando de la difusión pasiva donde son los ciudadanos los que acceden a la fuente de información a

⁷² <http://www.nbcnews.com/tech/social-media/facebooks-new-news-feed-see-best-friends-updates-first-n385126> consultado el 25 de febrero del 2016

través del teléfono o Internet, a la difusión activa cuando los ciudadanos expresan sus opiniones y sus preferencias.

El aumento de la participación ciudadana en la difusión de la información del sector público tiene un impacto en la mejora de la transparencia, en la medida en que facilitan una mayor repercusión de la misma. De aquí que autores como Fung, Graham y Weil apunten que “está surgiendo un nuevo estadio en los mecanismos de transparencia que permite a los usuarios proporcionar información y compartir información. Estos mecanismos se caracterizan además por ser más interactivos y personalizados”.⁷³

Y a través de las redes sociales los ciudadanos pueden compartir información del sector público por ejemplo sobre la atención recibida en los hospitales públicos. La naturaleza viral de estas herramientas hace que la difusión de información sea más fácil y más rápida.⁷⁴

Por el otro lado cada día son más los políticos y figuras públicas que utilizan blogs, wikis o redes sociales, podrían incorporar un espacio de opinión real para el ciudadano dentro de sus propias redes sociales, con el objetivo de fortalecer las relaciones con los ciudadanos y facilitar su participación en los asuntos públicos.

Sin embargo en la realidad actual de nuestro país no es esto lo que sucede sino al contrario, por un lado los políticos no quieren saber lo que hicieron mal y los ciudadanos al quejarse lo único que obtienen son insultos o indiferencia por parte del empleado público. Aunque los efectos negativos en la percepción ciudadana son evidentes, las respuestas se mantienen de la forma lenta y tradicional: silencio e indiferencia, el comunicado o la conferencia de prensa, las explicaciones ridículas e inverosímiles, frases simplistas, el ocultamiento, la distracción y la espera del olvido ciudadano.⁷⁵

⁷³ Fung, A., M. Graham y D. Weil. 2007. Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.

⁷⁴ 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

⁷⁵ 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

Las redes sociales han llegado a ser un ring de pelea en la cual ingresan tanto políticos como ciudadanos produciéndose así una confusión general en cuanto a la vida política de una sociedad. El respeto del ciudadano hay que ganarlo, merecerlo y mantenerlo; hace falta autoridad moral para ejercer influencia, tener credibilidad y sumar voluntades. El líder político es un motivador; su estado de ánimo, sus actitudes, sus comportamientos y el respeto a las normas influyen en los atributos que la gente le concede y en las reacciones que genera.⁷⁶

En los tiempos actuales, el liderazgo político debe coincidir, o al menos acercarse, al liderazgo comunitario en redes; es decir dar lugar a un espacio propicio para opinar y participar, mostrando las cualidades de dirección, capacidad de influencia, por parte de los políticos, pero como se ha visto, no se garantiza una correcta distribución de la información ni que ésta sea satisfactoria. El avance tecnológico no significa directamente una mayor transparencia ni una mejora en las relaciones.

Por otra parte la expansión de este tipo de información a través de estas aplicaciones no es garantía de que llegue a todos los ciudadanos o que lo haga con la calidad necesaria para que cumpla con todas las funciones previstas.⁷⁷

La difusión de información a través de las redes sociales exige regular diferentes cuestiones con el fin de garantizar tanto la transparencia como la igualdad, la accesibilidad y la calidad de la información.

La reducción de los costes de difusión de la información, así como el acceso cuándo y cómo queremos, hace que podamos tener nuestra emisora de radio on line, nuestro periódico on line, canal de vídeos...sin embargo, esa libertad de acceso tiene como contracara que el aumento de la producción de la información también provoca que esta información llegue segmentada al usuario: sólo va a ser informado de lo que aparezca en la red social, pero no de toda la información producida.⁷⁸

⁷⁶ Ibíd. Pág. 123

⁷⁷ Herrero, A. y G. López. Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial: Guía de buenas prácticas en América Latina. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles. 2008 Pág. 149.

⁷⁸ CAMPOS FREIRE, F., Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales, Revista Latina de Comunicación Social, vol. 63, n. 2, pp. 287-293 (2008).

No podemos ignorar el hecho de que sería preciso que la información que circula en redes sociales cumpla algunas características previstas por el ordenamiento jurídico para que pueda alcanzar las finalidades previstas.

Actualmente, en España la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAECSP) y las normas autonómicas y locales que la han desarrollado han incorporado diferentes principios con tal fin.

Estas características deben tenerse en cuenta no sólo por las Administraciones públicas, sino también por aquellos, ya sean particulares o empresas, que difunden información.⁷⁹

En primer lugar, la transparencia. Este es el principio fundamental cuando se habla de la difusión de información del sector público. La transparencia se basa en el conocimiento real de la información del sector público.

En segundo lugar, la accesibilidad. Es importante proporcionar la información del sector público, pero también facilitar su acceso. Más allá de la creación de medidas que permitan a las personas acceder fácilmente hablamos sobre la comprensibilidad de la información y el acceso universal y diseño para que pueda acceder a través de todos los entornos.

En tercer lugar, la calidad. La calidad se refiere a una información otorgada con el debido cuidado.

Sin embargo, más allá de su previsión normativa, estas no suelen ser objeto de atención ni por el propio legislador, que no ha previsto mecanismos específicos para hacerlos efectivos, ni por los políticos que han hecho mal uso de estas aplicaciones para propio beneficio.⁸⁰

Es por ello, que esa supuesta complicidad, que algunos justifican como un medio para acercar al ciudadano, ese tratar de igual a igual al ciudadano, es contraria al papel de

⁷⁹ Óp. Cit. Pérez, Ma. Del Mar y J. Conde Castejón. 128

⁸⁰ ONTSI (Observatorio Nacional de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información), White Paper on Digital Contents in Spain 2008, 2009, Accesible en: <http://observatorio.red.es/contenidosdigitales/articles/id/2662/libro-blanco-los-contenidos-digitales-espana-2008.html> Pág. 89

los políticos, y en consecuencia a lo que el ciudadano demanda, interacción relevante, soluciones, dentro de las funciones de la administración.

Podemos deducir que, tanto por presencia como por la forma de utilizarlas, las redes sociales en la administración se encuentran en fase preliminar.

Las posibilidades de desarrollo son enormes, siempre que se haga de manera profesional, partiendo del conocimiento de las herramientas y de sus posibilidades al servicio de un fin último, el fortalecimiento democrático. Sólo así esa actitud en la administración dejará de ser una moda pasajera para convertirse en una filosofía que modifique estructuras y dinámicas de trabajo propias de la administración.⁸¹

En una democracia moderna, la comunicación ocupa un papel fundamental para escuchar, evaluar, compartir y sentir a las audiencias; darle significado a la relación entre el gobierno y los internautas es una prioridad irrenunciable.

1.4 Ranking y estadísticas de redes sociales en el Ecuador

Alrededor del mundo la utilización de las redes sociales ha crecido a pasos agigantados, hasta el momento existen varias redes sociales, quizá algunas más conocidas que otras, las redes sociales marcaron el cambio en el comportamiento de consumidores y marcas y se han consolidado como canales de interacción, participación y consumo de contenidos que son el factor diferenciador en la efectividad de estrategias que buscan cercanía y vinculación en medios digitales.

En cuanto a nuestro país se refiere, de los 8,5 millones de usuarios de Internet en Ecuador, Facebook continúa siendo el líder absoluto habiendo captado a 8,1 millones de usuarios en el país al 22 de enero de 2015, de los cuales el importante porcentaje del 69 % ingresan desde dispositivos móviles según Facebook.com/Advertising)⁸², sin embargo no podemos depender solo de esta red y no entender y considerar a otras que son parte del estilo de vida del consumidor y usuario digital.

⁸¹ Ibíd. Pág. 90

⁸² <http://www.elcomercio.com/tendencias/facebook-redessociales-ecuador-inec-usuarios.html> consultado el 21 de febrero del 2016

Twitter por ejemplo es una red que genera mucha interacción, visitas recurrentes a la red y consumo intensivo de noticias, actualidad, comunicación y servicio al cliente. Cuenta con un promedio de 2'000.000 de usuarios en Ecuador a enero de 2015, de los cuales el 53 % en promedio utiliza la red social desde dispositivos móviles.⁸³ (Fuente: Twitter Advertising plataforma móvil y escritorio referencia de segmentación máxima en Ecuador cualquier género, cualquier idioma, todos los dispositivos, usuarios similares a las cuentas con mayor número de seguidores y 80 intereses en Ecuador).

LinkedIn se consolida también en Ecuador como la principal red social centrada en búsqueda de empleo, contactos profesionales, grupos de discusión de temas empresariales, negocios e industriales.⁸⁴ En Ecuador cuenta con más de 1'251.148 usuarios registrados. (Aquí información adicional de tráfico LinkedIn en Ecuador)

Pese a la relevancia de las redes sociales anteriormente mencionadas, es necesario comprender que el consumidor utiliza estas y muchas otras con diferentes enfoques, por lo que ejemplifico con un gráfico las redes sociales más utilizadas durante al año 2015 en el Ecuador.⁸⁵

⁸³ Ibíd.

⁸⁴ Ibíd.

⁸⁵ Ibíd.

1 2 3 RANKING REDES SOCIALES WEB ECUADOR ENERO 2015 +	
1	Facebook.com
2	Youtube.com
3	Twitter.com
4	Ask.fm
5	Instagram.com
6	Slideshare.net
7	Linkedin.com
8	Scribd.com
9	Pinterest.com
10	Badoo.com
11	Tumblr.com
12	Twoo.com
13	Hi5.com
14	Tagged.com
15	Flickr.com

Formación
Gerencial

FUENTE: FORMACIÓN GERENCIAL INTERNACIONAL Y RANKING ALEXA 4 DE ENERO DE 2015. DATOS REFLEJAN VISITAS WEB, NO INCLUYEN INFORMACIÓN DE APLICACIONES MÓVILES. TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS.

CAPITULO II

2. El derecho a la privacidad y las redes sociales: su regulación

2.1 Cuerpos normativos que regulan el derecho a la privacidad

Para hablar acerca de la regulación de las redes sociales tengo que referirme a algunos cuerpos normativos que tocan el tema, veremos el avance que ha tenido este tema a lo largo de los años.

LA LEY FRANCESA DE 6 DE ENERO DE 1978

Incluso antes de la llegada del Internet ya se crearon leyes para proteger la privacidad; el máximo exponente en cuanto a protección de datos y privacidad se refiere fue en principio la Ley francesa de 6 de enero de 1978⁸⁶, que mediante 45 artículos desarrollaba lo que en un futuro llegaría a ser de general contenido en las normas propuestas a la protección de datos de carácter personal mundialmente. El avance que supone la norma francesa radica en que por primera vez se menciona la relación informática-derechos fundamentales.

EL CONVENIO DE 28 DE ENERO DE 1981 DEL CONSEJO DE EUROPA

La inquietud de las organizaciones supranacionales en cuanto a los problemas que los nuevos medios tecnológicos le significarían a la sociedad, tuvo su plasmación en el Convenio Nº 108 del Consejo de Europa. El contenido del mismo establece una serie de principios básicos para la protección de datos, señala criterios que regulan su manejo y crea además un Comité Consultivo, a quien se le encarga la formulación de propuestas para mejorar la aplicación del Convenio. Los pilares del convenio son los

⁸⁶ Ordóñez, S. D. (2014). La protección judicial de los derechos en Internet en la jurisprudencia europea. España: Editorial Reus. Retrieved from <http://www.ebrary.com>

mencionados principios, los cuales obviamente se entienden como imperativos para aquellos Estados que lo ratifican.

Con ellos, pretenden, como indica la Introducción del propio Convenio, “reforzar la protección de datos, es decir, la protección jurídica de los individuos con relación al tratamiento automatizado de datos de carácter personal que les conciernen”.⁸⁷

Algunos de los principios mencionados anteriormente los voy a detallar;

1. El Principio finalista:

Lo que se busca con este, es que haya una finalidad que justifique la obtención de los datos personales, la cual debe estar determinada antes de ningún proceso.

“La finalidad justificativa de la creación del banco de datos debe estar definida y habrá de darse antes de ponerse en funcionamiento, con objeto de que sea constatable en todo momento”:

a) Si los datos recogidos y registrados tienen relación con el objetivo por el que fue creado el fichero (pertinencia de los datos).

b) Si la información se utiliza para un fin distinto del propio banco de datos (principio de utilización no abusiva).

c) Si el tiempo durante el que se conservan los datos no excede del que normalmente se necesita para conseguir la finalidad para la cual fueron registrados (principio del derecho de olvido).

2. El Principio de lealtad:

Este principio simplemente se refiere a la manera en la que los datos deberán ser obtenidos.

“La recopilación de información ha de realizarse por medios lícitos.”

⁸⁷ Ibíd.

3. Principio de exactitud:

Aquí se menciona a los responsables de los datos, para el caso que nos compete a los dueños de las plataformas de redes sociales, señalándolos como las personas que están a cargo de los datos y de la veracidad de los mismos.

“Todo responsable de un banco de datos tiene la obligación de comprobar la exactitud de los datos registrados, a la vez que es responsable de su actualización.”

4. Principio de acceso individual:

Este principio es uno de los que yo consideraría los más importantes ya que se menciona el derecho que tienen los dueños de los datos personales para saber si estos están siendo manipulados y de qué manera.

“Cualquier persona tiene derecho a conocer si los datos que le conciernen son objeto de tratamiento informatizado y, si así fuera, a obtener copia de ellos. También cabe la posibilidad de rectificación si los datos fueran erróneos o inexactos.”

5. Principio de seguridad:

Las bases de datos han de estar protegidas en todos sus ámbitos.

Además de los principios mencionados, los cuales forman parte del Capítulo II del Convenio, hay que agregar, el contenido del Artículo 6, que nos especifica:

“los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las condiciones religiosas u otras convicciones así como los datos de carácter personal relativos a la salud o la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas.

Como podemos ver, en las dos normas citadas anteriormente el fundamento principal consistía en proteger los datos personales aun antes del auge del internet este ya era un tema el cual las normas empezaron a tener en cuenta, con el avance de la tecnología se ha vuelto cada vez más complicado proteger los derechos relativos a la privacidad en un espacio en el que hasta ese momento no existía leyes que trataran al respecto, mucho menos un acuerdo internacional en el que todos los países convengan protegerlos de una manera general mundialmente.

EL CONVENIO SOBRE LA ORGANIZACION PARA LA COOPERACION Y EL DESARROLLO ECONOMICO.

Buscando llegar a un acuerdo que fije un proceder determinado en estos casos la OCDE y los países firmantes llegan a un acuerdo al respecto, mediante un acuerdo;

DIRECTRICES DE LA OCDE QUE REGULAN LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD Y EL FLUJO TRANSFRONTERIZO DE DATOS PERSONALES (23 de septiembre de 1980)

En el preámbulo de esta norma la OCDE señala varios puntos respecto al tema de la privacidad;

RECONOCIENDO:

- Que, aunque las leyes y políticas nacionales pueden diferir, los países miembros tienen un interés común en proteger la privacidad y las libertades individuales, así como en reconciliar los valores fundamentales pero contradictorios como la privacidad y el libre flujo de información;
- Que el tratamiento automático y los flujos transfronterizos de datos personales crean nuevas formas de relaciones entre los países y requieren la elaboración de normas y prácticas compatibles;
- Que los flujos transfronterizos de datos personales contribuyen al desarrollo socioeconómico;
- Que la legislación local relativa a la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de personal pueden obstaculizar esos flujos transfronterizos; decidió fomentar el libre flujo de información entre los Países Miembros y evitar la creación de obstáculos injustificados para el desarrollo de las relaciones socioeconómicas entre los Países Miembros.

Por medio de estas directrices la OCDE buscaba una manera factible de que los datos puedan manejarse de un sitio a otro sin poner en peligro los mismos y comprendiendo que debido a los avances y a la globalización en la que vivimos actualmente el movimiento de nuestros datos es un hecho necesario.

Ahora el manejo de nuestros datos, aun en las redes sociales que se manipulan en un medio virtual está regido por contratos de adhesión internacionales, sin embargo como tratan las leyes a estos contratos, citare dos normas que hablan al respecto:

CONVENIO DE ROMA SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL 19 DE JUNIO DE 1980

Título II “Normas Uniformes”

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.

LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADA EN MEXICO EN EL 17 DE MARZO DE 1994

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 parte 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.

En fin en cuanto a los contratos por medio de los cuales se hacen uso de nuestros datos, el derecho aplicable será el elegido por voluntad de las partes, en las redes sociales esto equivale a lo estipulado en el contrato previamente redactado que aceptamos para ingresar.

2.1.1 Constitución de la República del Ecuador

Además de las normas mencionadas anteriormente, la carta suprema o Constitución de la república hace mención a este tema,

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

Como podemos ver nuestra constitución hace mención a la privacidad, reconociéndola como un derecho que nos está dado a todos, sin embargo no se habla acerca de cómo esta podría verse afectada y como tendríamos que recobrar nuestro derecho de ser el caso. Es por ello que me referiré a algunos artículos existentes en el Código Orgánico Integral Penal que regulan este tema.

COIP (Código Orgánico Integral Penal).

Artículo 229.- Revelación ilegal de base de datos.-

La persona que, en provecho propio o de un tercero, revele información registrada, contenida en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones; materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la intimidad y la privacidad de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si esta conducta se comete por una o un servidor público, empleadas o empleados bancarios internos o de instituciones de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera o contratistas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Artículo 234.- Acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones.-

La persona que sin autorización acceda en todo o en parte a un sistema informático o sistema telemático o de telecomunicaciones o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho, para explotar ilegítimamente el acceso logrado, modificar un portal web, desviar o redireccionar de tráfico de datos o voz u ofrecer servicios que estos sistemas proveen a terceros, sin pagarlos a los proveedores de servicios legítimos, será sancionada con la pena privativa de la libertad de tres a cinco años.

Conociendo ahora las sanciones que son impuestas en caso de atentar contra este derecho, tenemos que definir que conductas son las que se encasillan dentro de este tipo, para dejar esto claro tengo que referirme a ciertos detalles que se encuentran señalados en la LOC.

2.1.2 La Ley Orgánica de Comunicación (LOC)

Art. 20.- Responsabilidad ulterior de los medios de comunicación.-

Habrá lugar a responsabilidad ulterior de los medios de comunicación, en los ámbitos administrativo, civil y penal cuando los contenidos difundidos sean asumidos expresamente por el medio o no se hallen atribuidos explícitamente a otra persona. Los comentarios formulados al pie de las publicaciones electrónicas en las páginas web de los medios de comunicación legalmente constituidos serán responsabilidad personal de quienes los efectúen, salvo que los medios omitan cumplir con una de las siguientes acciones:

1. Informar de manera clara al usuario sobre su responsabilidad personal respecto de los comentarios emitidos;
2. Generar mecanismos de registro de los datos personales que permitan su identificación, como nombre, dirección electrónica, cédula de ciudadanía o identidad, o;
3. Diseñar e implementar mecanismos de autorregulación que eviten la publicación, y permitan la denuncia y eliminación de contenidos que lesionen los derechos consagrados en la Constitución y la ley.

Los medios de comunicación solo podrán reproducir mensajes de las redes sociales cuando el emisor de tales mensajes está debidamente identificado; si los medios de comunicación no cumplen con esta obligación, tendrán la misma responsabilidad establecida para los contenidos publicados en su página web que no se hallen atribuidos explícitamente a otra persona.

Art. 31.- Derecho a la protección de las comunicaciones personales.-

Todas las personas tienen derecho a la inviolabilidad y al secreto de sus comunicaciones personales, ya sea que éstas se hayan realizado verbalmente, a través de las redes y servicios de telecomunicaciones legalmente autorizadas o est n soportadas en papel o dispositivos de almacenamiento electrónico. Queda prohibido

grabar o registrar por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros sin que ellos hayan conocido y autorizado dicha grabación o registro, salvo el caso de las investigaciones encubiertas autorizadas y ordenadas por un juez competente y ejecutadas de acuerdo a la ley. La violación de este derecho será sancionado de acuerdo a la ley.

Vale hacer mención a los dos artículos anteriores, puesto que en el Artículo 20, segundo inciso se les exige a los medios de comunicación literalmente “generar mecanismos de registro de los datos personales que permitan su identificación, como nombre, dirección electrónica, cédula de ciudadanía o identidad; mientras que en el artículo 31 se señala “todas las personas tienen derecho a la inviolabilidad y al secreto de sus comunicaciones personales, ya sea que éstas se hayan realizado verbalmente, a través de las redes y servicios de telecomunicaciones legalmente autorizadas...”

Donde queda entonces el derecho a la privacidad según la LOC, en los casos de sitios de redes sociales de los propios medios de telecomunicación, por un lado se les exige a todos los medios de comunicación usados por ecuatorianos que de una manera u otra lleguen a dar con la identidad de quien participa en estos medios, y por otra parte se sigue reconociendo la existencia de un derecho a la privacidad y al anonimato.

Los artículos ya mencionados son los únicos que hacen mención a un tema de redes y claramente en la misma ley se están contrariando, a pesar del indudable avance que han tenido las redes sociales es innegable que su regulación no está reflejada.

Incluso el propio Reglamento a la LOC nos dice en su Artículo 2: “están excluidos del ámbito de regulación y control administrativos los contenidos que formulen los ciudadanos y las personas jurídicas en sus blogs, redes sociales y páginas web personales, corporativas o institucionales.”

Entonces según este, el tema de redes sociales queda totalmente excluido de su regulación, por lo que nos tropezamos frente a una falta de normativa; mi pregunta sería, ¿cómo podemos corresponder el derecho a la privacidad dentro de una red social? De lo analizado, he observado que cada país lo hace de acuerdo a su propio ordenamiento jurídico, y hay algunos que simple y llanamente no lo hacen.

Por consiguiente recorro a la Declaración Universal de los derechos humanos la cual nos habla sobre el derecho a la privacidad en su artículo 12, diciendo:

"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".

Pues bien si este reconocimiento a la privacidad estuviera específicamente refiriéndose al internet, en mi opinión partiría de esta manera;

Debería comprender en primer lugar una legislación nacional sobre el tema, por medio de la cual a cada uno de los Estados se le exija el establecimiento, innovación y cumplimiento de marcos legales integrales para proteger la privacidad y los datos personales de los ciudadanos. Es necesario que los mismos estén en armonía con las normas de derechos humanos, y además debe constar el amparo contra violaciones de privacidad por parte de las empresas privadas y del Estado mismo.

En segundo lugar considero que cada Estado debe tener, a falta de una ley general que los rijan a todos, políticas para la configuración de la privacidad de los ciudadanos dentro del Internet, es decir la protección de este derecho y su configuración tiene que ser factible y debe encontrarse en todos los servicios de una manera integral y confiable. Para lograr el cometido en cada uno de los sistemas TIC (Tecnologías de la información y la comunicación) debería haber reglas de reserva y confidencialidad facilitando protección incluso contra el acceso a los mencionados sistemas de TIC que se den sin su consentimiento.

En tercer lugar es primordial imponer obligaciones a las compañías que almacenan y procesan datos de carácter personal, y dar derechos a las personas cuyos datos personales se recogen.

La circulación debe cumplir con una política de privacidad transparente, ya que todos tenemos derecho a ejercer el control sobre nuestros datos personales recogidos y el uso que hagan de ellos.

Los sitios en internet que exijan datos personales, tendrán que solicitar el consentimiento informado del individuo con respecto al contenido y efectos, además

deberá constar el hecho de que cuando el individuo requiera podrá recobrar y eliminar los datos personales recogidos. El hecho de que los datos estén en sus manos no dará derecho de que puedan cederlos a terceros sin un consentimiento previo.

En cuanto al tema de la personalidad virtual, al igual que a la personalidad misma a esta se le considera inviolable, con el avance del internet toda persona tiene derecho actualmente a tener una identidad virtual y la misma debe estar protegida; nombres de usuario, firmas digitales, contraseñas, etc. no pueden ser manipuladas o alteradas por terceros sin el consentimiento del dueño.

De igual manera nadie puede ser centro de ataques a la honra y reputación en Internet, la ley debe brindar una protección plena contra tales injerencias. Sin embargo, el resguardo a la reputación no debe utilizarse como excusa para limitar la libertad de expresión.

Por otro lado cualquier persona que acceda al Internet tiene derecho a mantener un anonimato si es su voluntad y a comunicarse de esta manera en la Red; esto por lo tanto incluye la posibilidad de recurrir a la tecnología de encriptación para garantizar una comunicación segura, privada y anónima. Cualquier persona por lo tanto tiene completa libertad de acceder al internet sin la vigilancia o interceptación arbitraria, incluyendo el rastreo de conducta, seguimiento de perfiles y del acecho cibernético. Estos son básicamente los puntos que consideraría debería formar parte de una normativa específica para el tema de la privacidad que rija en todos los países, pues de lo contrario al no haber un acuerdo general cada país impone sus propias normas y no regulando el tema en su totalidad, dejando así una serie de vacíos legales.

2.2 La LOC frente a la regulación de Facebook.

A continuación realizaré un análisis de nuestra Ley de Comunicación y la normativa de Facebook en algunos de sus puntos, veremos entonces las similitudes que existen entre ambos; la LOC no hace referencia a redes sociales de manera específica, por lo tanto solo relacionare algunos de sus artículos con las normas de Facebook.

Nuestra ley de comunicación en su Art. 66 establece: “Para efectos de esta ley, se entenderá por contenido violento aquel que denote el uso intencional de la fuerza física o psicológica, de obra o de palabra, contra uno mismo, contra cualquier otra persona, grupo o comunidad...”.

A su vez Facebook hace referencia a ciertos comentarios y publicaciones de imágenes en las que sale una persona que se ha autolesionado, estas serán eliminadas, incluso si se hace en forma humorística, pero aquí se recalca que no se considera dentro de este tema la «transformación del cuerpo» para fines estéticos.

También se eliminará todo contenido que aliente a hacerse daño, o que incite los trastornos alimenticios o el abuso de sustancias. Facebook incluso nos habla acerca de su contribución con casas de prevención del suicidio de todo el mundo para ofrecer asistencia a las personas que la precisen.

El Art. 67 señala textualmente:

“Se prohíbe la difusión a través de los medios de comunicación de todo mensaje que constituya incitación directa o estímulo expreso al uso ilegítimo de la violencia, a la comisión de cualquier acto ilegal, la trata de personas, la explotación, el abuso sexual, apología de la guerra y del odio nacional, racial o religioso”.

Mientras que en Facebook están prohibidas las amenazas hacia las personas, es por ello que las organizaciones involucradas en terrorismo o actividades delictivas violentas no tienen cabida dentro de este sitio y sus políticas.

También se prohíbe la formación, desarrollo y consumación de acciones que hayan causado o puedan causar pérdidas financieras a terceros, incluidos robos y actos de vandalismo.

El Art. 62 de la LOC señala: “está prohibida la difusión a través de todo medio de comunicación social de contenidos discriminatorios que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Se prohíbe

también la difusión de mensajes a través de los medios de comunicación que constituyan apología de la discriminación e incitación a la realización de prácticas o actos violentos basados en algún tipo de mensaje discriminatorio.”

La red social de igual manera no aprueba el lenguaje que incita al odio, aunque diferencia entre el discurso serio y el humor. Aunque alentamos a que debatas ideas, acontecimientos y prácticas, no se admite que ni individuos ni grupos de personas ataquen a nadie por su raza, grupo étnico, nacionalidad, religión, sexo, orientación sexual, discapacidad o enfermedad.

Nuestra Ley de Comunicación además regula una forma agravada de acoso a las personas a través de los medios de comunicación mediante la figura de linchamiento mediático.

Facebook también nos habla al respecto están en contra de la publicación de imágenes alteradas y manipuladas con el objeto de “degradar” a un individuo así como la divulgación de vídeos que muestren secuencias en la que aparezca cierta intimidación hacia otra persona.

“Permitimos que nuestros usuarios se expresen libremente sobre temas o personas de interés público, pero cuando recibimos avisos de conductas acosadoras dirigidas a particulares, tomamos las medidas correctivas oportunas. Enviar múltiples solicitudes de amistad o mensajes a personas que no desean recibirlos es una forma de acoso”.

Respecto al tema de derechos de autor, la LOC no protege expresamente a las marcas comerciales, patentes, derechos de autor y de propiedad intelectual, pues para eso existe la Ley de Propiedad Intelectual; sin embargo, hay un caso en nuestra ley donde expresamente señala el deber de los medios de comunicación de pagar los derechos de autor por la difusión y aprovechamiento comercial de la música nacional, así como su obligación de promoverla.

En su Art. 103 señala:

“En los casos de las estaciones de radiodifusión sonora que emitan programas musicales, la música producida, compuesta o ejecutada en Ecuador deberá representar

al menos el 50% de los contenidos musicales emitidos en todos sus horarios, con el pago de los derechos de autor conforme se establece en la ley.”

Facebook por su lado nos dice: “Antes de compartir contenido en Facebook, asegúrate de tener derecho a hacerlo. Te pedimos que respetes los derechos de autor, las marcas comerciales y cualesquiera otros derechos de propiedad intelectual que correspondan”.

2.3 Las redes sociales (Facebook) y la privacidad.

Ingresar al sitio de Facebook es sumamente sencillo, bastan llenar unos cuantos datos y dar click al botón “acepto” en sus Términos y Condiciones de Uso, los cuales el 99.9% de las personas no leen, aun así en unos segundos ya estás obligado a ellos.

Como ya mencione anteriormente el contrato que tenemos con Facebook no es ningún otro que el de Adhesión, motivo por el cual no admite modificaciones por parte de quien se adhiere al servicio, la decisión es simple: ingresas, si aceptas, si no aceptas, quedas fuera. No es coincidencia que el lema de la Compañía sea el de “todos tus amigos están dentro”.

Aun así con esta increíble forma de atraer a los usuarios pensándolo más detenidamente, aceptar un acuerdo sin leer no puede de ninguna manera resultar beneficioso, y son en verdad muy pocas las personas que conocen las condiciones de su relación contractual con la conocida red social.

Han dado su consentimiento, han cedido –hemos cedido- muchos derechos y renunciado a indiscutibles libertades en favor de Facebook. Además, sin estar al tanto hemos incurrido en faltas a dicho acuerdo, dada nuestra forma de utilizar la red.

En principio Facebook promulga la “libertad de publicación”, así pues cada persona es libre de publicar el contenido que desee, además de promover el respeto a los

derechos de propiedad intelectual de terceros. Esto en la teoría, en las políticas del contrato; veremos ahora la realidad de las cosas mediante un análisis a las Condiciones del servicio.

La primera cláusula llamada “Declaración de derechos y responsabilidades”⁸⁸

Esta Declaración de derechos y responsabilidades ("Declaración", "Condiciones" o "DDR") tiene su origen en los Principios de Facebook y contiene las condiciones del servicio que rigen nuestra relación con los usuarios y con todos aquellos que interactúan con Facebook, así como las marcas, los productos y los servicios de Facebook, que reciben el nombre de "Servicios de Facebook" o "Servicios". Al usar los Servicios de Facebook o al acceder a ellos, muestras tu conformidad con esta Declaración, que se actualiza periódicamente según se dispone en la sección 13 más adelante. Al final de este documento también encontrarás otros recursos que te ayudarán a comprender cómo funciona Facebook.

En un principio me llama la atención que las condiciones del servicio no solamente se limita a los usuarios registrados, sino también a los terceros que “interactúan” con la red, es decir aquellos personas, que sin tener registrada una cuenta en Facebook, se les presente cualquier contenido generado o almacenado en el Sitio.

Así de entrada la red social establece dos formas de aceptación; la primera que puede ser expresa, al pulsar el “acepto” y crear una cuenta, o tácita, al utilizar alguno de sus servicios, sin enterarse si quiera de las políticas del sitio.

En Facebook se prohíben ciertas conductas, en general relacionadas con el SPAM y difusión de contenidos no solicitados;

En la primera cláusula del tema “Seguridad” las políticas de la página nos dice:

“No publicarás comunicaciones comerciales no autorizadas (como spam) en Facebook.”⁸⁹

⁸⁸ <https://www.facebook.com/privacy/explanation> consultado el 20 de febrero del 2016

⁸⁹ <https://www.facebook.com/legal/terms> consultado el 20 de febrero del 2016

Sin embargo cuantos usuarios en realidad cumplen con esta, no es raro que gran cantidad de perfiles estén llenos justamente de Spam, violando el acuerdo diariamente.

Facebook a su vez, se protege frente a cualquier sanción que pudiera llegar a recibir, dentro de las cláusulas de los “Conflictos” diciendo expresamente:

“Aunque proporcionamos normas para la conducta de los usuarios, no controlamos ni dirigimos sus acciones en Facebook y no somos responsables del contenido o de la información que los usuarios transmitan o compartan en Facebook.

No somos responsables de ningún contenido que se considere ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o inaceptable que puedas encontrar en Facebook. No somos responsables de la conducta de ningún usuario de Facebook, tanto dentro como fuera de Facebook.”

Facebook además se excluye de toda responsabilidad por los contenidos subidos por sus usuarios, y de cualquier conflicto legal, moral o de cualquier tipo dado entre los usuarios o debido a contenidos subidos por ellos. Mediante la siguiente cláusula:

"Si alguien interpone una demanda contra nosotros relacionada con tus acciones, tu contenido o tu información en Facebook, nos indemnizarás y nos librarás de la responsabilidad por todos los posibles daños, pérdidas y gastos de cualquier tipo (incluidos los costos y honorarios judiciales razonables) relacionados con dicha demanda. “

Por medio de tal cláusula, toda disputa legal y sus consecuencias, indemnizaciones por daños y perjuicios, y daños a la imagen corporativa de Facebook, será responsabilidad del usuario que lo ocasiono.

Cabe recalcar dentro de este ámbito que además quedamos regidos a sus tribunales de justicia, pues señalan al respecto: “Resolverás cualquier demanda, causa de acción o conflicto (colectivamente, "demanda") que tengas con nosotros surgida de la presente Declaración o de Facebook, o relacionada con estos, únicamente en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California o en

un tribunal estatal del condado de San Mateo y aceptas que sean dichos tribunales los competentes a la hora de resolver los litigios de dichas demandas.”

En la cláusula referente a la “Seguridad de la cuenta y registro”, establece algunas restricciones a los usos que se pueden dar lícitamente al servicio de Facebook. Aquí surge un punto que efectivamente no se ha tomado en cuenta en la gran mayoría de casos: “No utilizarás Facebook si eres menor de 13 años.”⁹⁰

Así, pues al no poder crear un perfil siendo menor de 13 años los niños crean perfiles con edades falsas para poder contar con un perfil violando este acuerdo y obviamente sin noción de los problemas que esto les puede traer.

Otra parte del contrato que llamo mí atención es este que nos habla acerca de algunas prohibiciones, diciendo:

“No proporcionarás información personal falsa en Facebook, ni crearás una cuenta para otras personas sin su autorización.”⁹¹

Como todos hemos visto existen varios perfiles “no oficiales” de artistas, popularidades o estrellas conocidas, que podrían considerarse incluso como suplantaciones de identidad de acuerdo a estos términos de uso.

Podemos ver que esto es permanentemente ignorado, cuentas de Facebook como “Angelina Jolie” o “Elvis Presley” o “Marylin Monroe”, estarían violando estos términos sin lugar a duda.

Además en el mismo artículo se señala: “Si infringes repetidamente los derechos de propiedad intelectual de otras personas, inhabilitaremos tu cuenta cuando lo estimemos oportuno. No utilizarás nuestros derechos de autor, nuestras marcas comerciales ni ninguna marca que se parezca a las nuestras, excepto si lo permiten nuestras Normas de uso de las marcas de forma expresa o si recibes un consentimiento previo por escrito de Facebook.”

⁹⁰ Ibíd.

⁹¹ Ibíd.

De lo que yo he visto personalmente en Facebook es muy común compartir videos y fotos sobre los cuales no poseen o digamos poseemos derechos de autor ni autorización para ello, citas de libros, interpretaciones de canciones que nos gustan, fotos de obras de arte, todas estas entrarían dentro de estas prohibiciones.

Y de lo que personalmente he podido constatar no ha existido al menos en mi caso personal una eliminación de mi cuenta ni terminación del contrato por parte de la Red social, entonces ¿donde quedan aquellas supuestas prohibiciones? Sin sanción hasta el momento.

O que les puedo decir de este punto; “No utilizarás Facebook si fuiste declarado culpable de un delito sexual.” Es notorio el aumento de redes de pedófilos justamente por medio de las redes sociales, evidentemente no creo que Facebook se encuentre limpia de este tipo de personas, que al contrario al estar detrás de una pantalla, pueden acechar desde la comodidad de su hogar.

En mi opinión al observar las políticas de Facebook puedo constatar que en su mayoría son cláusulas que se incumple en prácticamente todos los casos, sin embargo los puntos más preocupantes son aquellos en los que en caso de conflictos nos veríamos a merced de los dueños de las plataformas.

FACEBOOK Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En cuanto al tema de la propiedad intelectual, es decir todas las fotos, videos o publicaciones de nuestra autoría, que ocurre con ellos al momento que los compartimos en Facebook; esto se define en la cláusula “Compartir el contenido y la información”

“En el caso de contenido protegido por derechos de propiedad intelectual, como fotos y videos ("contenido de PI"), nos concedes específicamente el siguiente permiso, de acuerdo con la configuración de la privacidad y de las aplicaciones: nos concedes una licencia no exclusiva, transferible, con derechos de sublicencia, libre de regalías y

aplicable en todo el mundo para utilizar cualquier contenido de PI que publiques en Facebook o en conexión con Facebook ("licencia de PI"). Esta licencia de PI finaliza cuando eliminas tu contenido de PI o tu cuenta, salvo si el contenido se compartió con terceros y estos no lo eliminaron."⁹²

Así, estamos cediendo los derechos de publicación y divulgación sobre todo lo que compartimos en nuestros perfiles de Facebook.

Se señala claramente que tienen una licencia "no exclusiva", de esta manera podemos seguir haciendo uso de lo que subimos, por ejemplo, un video, tenemos posibilidad de subirlo también a Pinterest o a Twitter, pero eso no evita que Facebook tenga la libertad de publicarla también.

Así, todo lo que publicamos, pensamientos, estados, fotos, información personal, cuentas de correo, mensajes enviados por "inbox", han sido cedidos voluntariamente por nosotros a la Compañía Facebook, para su reproducción, distribución y comunicación pública. Además estos son transferibles dando oportunidad a la red social de que todo el contenido existente en nuestro perfil sea comercializado, regalado, o donado por ella a otras entidades, asociaciones, gobiernos, etc. Eximiendo a Facebook de cualquier responsabilidad por ello.

La segunda parte de esta cláusula nos señala:

"Cuando eliminas contenido de PI, este se borra de forma similar a cuando vacías la papelera de reciclaje de tu computadora. 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)."

¿Cuál será el tiempo que Facebook considera razonable?, no lo sabemos, ni lo podemos deducir y como era de imaginarse no está señalado ahí.

Otra parte que creí necesaria mencionar es la parte de la "Política de datos"

⁹² <https://www.facebook.com/legal/terms>

Como responde la red social en casos de requerimientos legales;

“Podemos acceder a tu información, así como conservarla y compartirla, en respuesta a un requerimiento legal (como una orden de registro, orden judicial o citación) si creemos de buena fe que la ley así lo exige. Esto puede incluir la respuesta a requerimientos legales de jurisdicciones ajenas a los Estados Unidos cuando creemos de buena fe que la ley de esa jurisdicción exige dicha respuesta, que afecta a los usuarios en dicha jurisdicción y que resulta coherente con estándares reconocidos internacionalmente.”⁹³

Facebook incluso puede entregar nuestra información personal en caso de requerimientos legales aunque hayamos eliminado la cuenta, ellos poseen nuestra información por un tiempo indeterminado y como ellos mismo dijeron pueden acceder a ella, conservarla e incluso compartirla.

Una vez que hemos analizado las partes más importantes de este contrato por adhesión empiezo a cuestionarme sobre la seguridad de mis datos proporcionados a Facebook, y más que nada me surge una interrogante ¿dónde consigue Facebook el capital para abastecer a todos sus usuarios activos y todas las publicaciones de los mismos? Considerando el costo que le significa al sitio, los servidores, salarios y tecnología básica para llevar a cabo las operaciones necesarias.

Pues en realidad, aquellas que creemos “opciones de privacidad” en realidad son únicamente para los demás internautas de la Red social, pero no hay tal frente a los dueños de Facebook, para ellos todo nuestro contenido está abierto, disponible y eso les resulta conveniente en todos los sentidos, nuestra información representa su ganancia económica, cada usuario le simboliza a la página una suma de dinero.

Respecto a esto Ari Melber señala “Lo que muchos usuarios no saben es que, de acuerdo con las condiciones del contrato que asumen al hacer click en el cuadro ‘acepto’ los usuarios le otorgan a Facebook la propiedad exclusiva y perpetua de toda la información e imágenes que publican, los afiliados autorizan a Facebook el uso

⁹³ <https://www.facebook.com/privacy/explanation>

perpetuo y transferible, junto con los derechos de distribución o despliegue público de todo lo que cuelgan en su página web”.⁹⁴

Los términos de lo aprobado al hacer click, sin generalmente leer nada, le reservan a Facebook el derecho a conceder y sublicenciar todo “el contenido del usuario” a otros negocios.

Según su opinión y la de varios estudios de distintas corporaciones, Facebook recopila nuestra información en bases de datos según las preferencias, y de esta, manera la vende a diversos grupos de interés. Podemos ver el ejemplo en el caso de Microsoft, que utilizo a Facebook como un espacio en donde invitar al comprador a ver sus productos, todo esto de acuerdo a las preferencias de los usuarios. O también el acuerdo con iTunes el cual permite a la compañía ofrecer a los usuarios descargas según las preferencias publicadas por ellos. Es decir todo lo que basta es un like en Facebook, las grandes corporaciones lucran con nuestros gustos, preferencias y datos.

CAPITULO III

3. Análisis de casos.

3.1 El caso de Wikileaks frente a Google.

Para narrar el caso del buscador más importante del mundo y uno de los países más poderosos, antes tengo que detallar el inicio del conflicto, todo tuvo su comienzo con el conocido Wikileaks; ¿qué es Wikileaks?, este portal fue creado con el objeto de exhibir actos de corrupción considerados así por los dueños del sitio, una página donde

⁹⁴ <http://truth-out.org/archive/component/k2/item/75487:ari-melber--about-facebook>

se pudieran exponer aquellos actos anti democráticos o aquellos que vulneraran los derechos fundamentales el punto principal de este sitio era la posibilidad de publicar documentos confidenciales de modo anónimo. Su fundador oficial es Julian Assange, el cual denominó al sitio de esta manera, por un lado “Wiki” quería que a primera vista los internautas supieran que este era un portal abierto, es decir en el que cualquier podía aportar información y la segunda parte “Leaks” donde hablamos claramente de fugas o filtraciones en inglés.

El portal se hizo muy conocido y tras unos meses de su lanzamiento en el mes de abril del 2010 expuso ciertos actos realizados por un grupo de soldados de Estados Unidos, ocurridos en Afganistán e Irak, los cuales exponían el asesinato de miles de civiles, en el momento que el gobierno de este país se vio expuesto ante el mundo, en mi opinión sitúo a Wikileaks y específicamente a su fundador como objetivo personal.

En palabras del propio Edward Snowden Ex agente de la NSA, “Assange se encuentra en una lista de objetivos de caza”.⁹⁵

A finales del año 2010, Assange se trasladó a Suecia para una rueda de prensa respecto las recientes informaciones de su portal sobre la guerra en Afganistán.

Días más tarde se abrió una investigación contra Assange por la "violación de dos mujeres" como señaló la prensa sensacionalista de dicho país antes de que ninguna investigación se llevara a cabo.

Dentro de las siguientes 24 horas, Eva Finne la Jefa Fiscal de Estocolmo, se puso al frente de la averiguación y cancelo la orden de detención casi de inmediato diciendo: "Yo no creo que haya alguna razón para sospechar que se ha cometido una

⁹⁵ <http://www.telesurtv.net/opinion/Assange-La-historia-no-contada-de-una-epica-lucha-por-la-justicia.-20150803-0037.html>. Si piensa hacer uso del mismo, por favor, cite la fuente y coloque un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido. www.teleSURtv.net

violación".⁹⁶ Días después desechó la investigación por completo considerando que no existían motivos para sospechar de ningún delito; dando por cerrado el caso.

Tiempo después otra fiscal en la ciudad de Gotemburgo sin motivo reabre el caso, durante las siguientes cinco semanas Assange esperó en Suecia que la nueva investigación siguiera su curso. Al no imputársele nada Assange se dirigió a Londres al llegar ahí fue detenido y llevado a prisión, pues la nueva fiscal que llevaba el caso, Marianne Ny había emitido una orden de detención europea además de una "alerta roja" de la Interpol. Este fue detenido el 7 de diciembre de 2010 a petición de Suecia, durante el proceso estuvo bajo arresto domiciliario en casa de un amigo inglés, tras perder su batalla legal en el Reino Unido, desde junio del 2012 Ecuador le dio asilo a Julian Assange en la Embajada Ecuatoriana en Londres. A pesar que nuestro gobierno le concedió asilo político, Londres se ha negado rotundamente a proporcionar un salvoconducto de salida del país, pues mantiene su posición de que está obligado por ley a extraditarle a Suecia.

En este transcurso los abogados de Assange, sugirieron a la fiscal sueca ir hasta allá para el interrogatorio, ella se negó varias veces, finalmente dio una supuesta aceptación sin embargo nunca acudió al lugar y conto algo totalmente diferente haciendo quedar tanto al gobierno ecuatoriano como al asilado de poco colaboradores.

Tres años transcurrieron y cada vez se le redujeron los derechos a Assange, este vivía en un cuarto aislado sin posibilidad de acceder a la luz natural y sin la oportunidad de salir, vigilado por una cantidad de guardias que en caso que lo atraparan, inmediatamente sería extraditado.

Tanto Suecia como Londres han dejado en claro que no están de acuerdo con el asilo que le dieron en Ecuador, e incluso han amenazado con intentar penetrar a la fuerza la Embajada ecuatoriana para llevárselo. La extrema vigilancia provoco polémica, ya que ha sido sumamente costosa.

⁹⁶ <http://www.elcomercio.com/actualidad/wikileaks-google-julian-assange-correos.html>. Si está pensando en hacer uso del mismo, por favor, cite la fuente y haga un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido. ElComercio.com consultado el 10 de marzo del 2016

Según la Policía Metropolitana de Londres la operación les “costó 11.1 millones de libras”⁹⁷ (17.6 millones de dólares) hasta abril de 2015. En el panorama del gobierno de los Estados Unidos, al no poder tomar acciones legales contra Assange, empezó a investigar a sus colaboradores.

El 23 de diciembre de 2014 varios de los trabajadores de Wikileaks entre ellos, la editora de investigaciones Sarah Harrison, el editor de sección Joseph Farrell y el reportero y vocero Kristinn Hrafnsson recibieron una aviso de Google notificándoles que todos sus correos electrónicos y metadatos habían sido entregados al gobierno de EEUU.

Sin embargo las tres órdenes judiciales habían sido emitidas el 22 de marzo de 2012 y el Juez John F. Anderson había dado plazo para que la información sea otorgada hasta el 5 de abril de ese mismo año, ¿qué sucedió en ese transcurso porque no se les dio a conocer la orden judicial con anterioridad? Claramente existió una violación directa al derecho a la privacidad de estas personas.

Google manifestó que su compañía había estado bajo el secreto de sumario, por lo que no pudieron avisar antes sobre la entrega de los datos librándose según ellos de responsabilidades; pero aun así, ¿porque se atendió al pedido sin un cuestionamiento previo, con qué derecho otorgaron ellos esa información?, sin conocer por lo menos los detalles del caso.

La propia Constitución de los Estados Unidos en su cuarta enmienda protege de manera directa a editores y periodistas, por lo que no se les podría haber formulado cargos en razón del ejercicio de sus funciones, lo que el Departamento de justicia estuvo haciendo estos años, fue buscando evidencias para presentar otros cargos, tales como:

Espionaje (hasta 10 años de cárcel)

Conspiración para cometer espionaje (hasta 10 años de cárcel)

Robo de propiedades del Gobierno de EEUU (hasta 10 años de cárcel)

⁹⁷ <http://www.panamaamerica.com.pa/mundo/scotland-yard-modifica-su-vigilancia-assange-para-reducir-sus-costos-996122> consultado el 10 de marzo del 2016

Violación de la Computer Fraud and Abuse Act (hasta 10 años de cárcel)

Conspiración (hasta 5 años de cárcel)

En total, los colaboradores de Wikileaks “podrían llegar a pasar 45 años en la cárcel”.⁹⁸

Dado la violación al derecho a la privacidad a varios los colaboradores de Assange consiguieron un equipo legal cuyo miembro más destacado es el ex Juez de la Audiencia Nacional española Baltazar Garzón, el cual en una entrevista afirmo: "La obtención de esa información es totalmente arbitraria e ilícita, la obtención ilegal de estos documentos puede impugnar todo el procedimiento"⁹⁹

Además señalo que en cualquier situación Google tenía el deber de comunicar a los reporteros que las autoridades requerían dicha información. Opino igual, considerando que Google entregó datos personales que incluían correos remitidos, borradores, mensajes eliminados, toda la actividad de sesiones con dichas cuentas, etc. Al momento que Google recibe esa información se compromete a proteger la intimidad de sus clientes, en ningún caso puede actuar de esa manera y sin cuestionar si quiera los motivos, los miembros de Wikileaks también hablaron acerca de casos similares en otras redes sociales como Twitter que han revocado con éxito este tipo de investigaciones contra periodistas.

Dejando claro así que sin importar la situación cualquier red social que cuente con nuestra información personal, no tiene derecho para ceder nuestros datos y en caso que lo hicieran, tenemos derecho a que se nos informe antes de tal entrega para poder proceder.

Al momento todos ellos se encuentran fuera de Estados Unidos, luchando por sus derechos vulnerados, en palabras de Sarah Harrison una de las periodistas este caso

⁹⁸ <http://www.hechoencalifornia1010.com/articulos/noticias-destacadas/39-historias-principales/5574-2015-01-26-16-48-46.html>

⁹⁹ <http://www.doctortecno.com/noticia/eeuu-obliga-google-entregar-informacion-sobre-activista-de-wikileaks>

que les concierne es una clara "invasión de la privacidad de la cuenta personal de una periodista"¹⁰⁰

Adonde hemos llegado si no tenemos total seguridad, quien puede llegar a tener nuestros datos, en una era informática como la que atravesamos gran parte de nuestros datos si es que no son todos están en el ciberespacio pero nunca nos pusimos a analizar en qué manos pueden llegar a caer.

Assange comento al respecto en una entrevista: "Como respuesta a la filtración de datos internacionales de la Agencia de Seguridad Nacional de Estados Unidos, Brasil decidió conectarse con Europa a través de un cable submarino que no pasara por ese país. Hay varios países de la región trabajando en su soberanía informática. Pero es en vano si cada uno le da su nombre, su teléfono y su ubicación en el mapa a Google, porque es como si cada persona se anexara a Estados Unidos"¹⁰¹

Parece que empieza un largo capítulo de violación a la privacidad y a la intimidad de las personas, esta es un ejemplo claro de que nuestros correos están a salvo hasta el momento que Google y un gobierno lo decidan.

Ha transcurrido el tiempo y todavía no existe una demanda al gigante de internet por parte de los miembros afectados del portal Wikileaks todo el supuesto proceso nunca se llevó a cabo, de igual manera el caso del propio Julian Assange sigue estancado el único cambio que existió fue el retiro de los guardias de seguridad que lo vigilaban debido a los altos costos que representaba, sin embargo no se da apertura para que le sea concedido un salvoconducto. Justamente el 5 de febrero del presente año el Ministerio de Exteriores de Suecia se manifestó en contra de la resolución del panel de la ONU en la cual señalaron la detención de Assange como totalmente arbitraria.

Respecto al caso existen opiniones divididas pero es de notar que todo el problema tuvo inicio cuando se dio a conocer noticias ocultas de Los Estados Unidos, y sin duda podrían ser coincidencias pero existieron a lo largo del camino detalles turbios como el

¹⁰⁰ <http://www.20minutos.es/noticia/2358442/0/garzon-wikileaks/demandar-google/informacion-digital-ee-uu/>

¹⁰¹ <http://www.eltiempo.com/mundo/ee-uu-y-canada/julian-assange-acusa-a-google-de-actuar-bajo-los-intereses-de-ee-uu-/14589775>

hecho de que hasta ahora no tengan un cargo real en contra de Assange y el siga teniendo que esconderse.

Francisco Sierra, director del Centro Internacional de Estudios Superiores de Comunicación para América Latina (Ciespal) en reciente entrevista comento: “Sabemos que en la historia de la comunicación el papel de Estados Unidos ha sido justamente de los profesionales del silencio, ocultar, tener superioridad informativa y cuando los intereses no eran favorables, intervenir”

En mi opinión personal el caso de Assange y de sus colaboradores es una cuestión que nos habla del derecho a la privacidad desde las dos ópticas, por un lado tenemos la libertad de prensa que era un derecho que ejercía Wikileaks y todos los periodistas que formaban parte de la misma y frente a ello tenemos el derecho a la privacidad de un estado en este caso Los Estados Unidos, ¿hasta qué punto pueden considerarse afectados debido a las noticias que de ellos corren, sus acciones están justificadas?

De cualquier manera y en cualquiera de los escenarios creo que no se respetó el derecho a la privacidad de aquellos periodistas que al final del día lo único que hacían era cumplir con su trabajo, el de informar y a cualquier estado podría parecerle poco conveniente que circulen ciertas noticias sobre un determinado tema, pero aun así no pueden ponerse en contra de una persona o una compañía con el fin de que se deje de informar pues estaría afectando un derecho general, el de ser informados.

3.2 El caso de Facebook contra la Unión Europea

Todo empezó con una demanda interpuesta por un ciudadano natural proveniente de Viena, llamado Maximilian Schreems quien después del escándalo de Edward Snowden y de todos los documentos mostrados por este para denunciar el espionaje masivo que los Estados Unidos venían realizando desde hacía varios años a otros países se preocupó por sus datos y especialmente el tema de la privacidad de los mismos, al analizar las políticas de Facebook de protección de datos notó que eran muy blandas, entonces investigó respecto al acuerdo por medio del cual Facebook manejaba todos

los datos de la Unión Europea, el mismo que se denominaba “Safe Harbor”¹⁰² la idea de este era que todos aquellos datos personales provenientes de Europa, que pretendieran ser utilizados o almacenados en EEUU, o viceversa, deberían contar antes del proceso con el mismo amparo del continente del que ingresaban; el acuerdo fue establecido en octubre de 1998 entre el Departamento de Comercio de EEUU y la Comisión Europea.

Vale mencionar que al ser un acuerdo al que podían adherirse de manera voluntaria las empresas u organizaciones, contaba con la posibilidad de retirarse del mismo el momento que gusten; sin embargo no quedarían exentos de la aplicación del acuerdo respecto a los datos que fueron obtenidos durante el tiempo que formaron parte del programa. Es basándose en la violación a este programa que Max Shreems inicia una demanda formal contra “Facebook Ireland Ltd” después de confirmar la falta de correspondencia entre las políticas del acuerdo y el efectivo uso que les dan a los datos, una vez que llegan a los Estados Unidos.

Previo a iniciar el proceso él solicita a la corporación le sea remitida toda la información que poseen de su persona, al considerar que la famosa red social no estaba respetando el acuerdo en cuanto el derecho a la privacidad, interpone la demanda.

El contenido de esta hace referencia a varios puntos, que él considera Facebook debería implementar entre los más importantes están:

Transparencia: puesto que considera que los manejos de la privacidad en Facebook son vagos y contradictorios, haciendo imposible para el usuario saber que ocurre con sus datos personales incluso cuando ya han sido eliminados.

Derecho a decidir: la red social pretende que sus usuarios compartan datos de terceros sin su consentimiento. Como la herramienta para la sincronización de contactos, por medio de la cual sus usuarios comparten con la red social las cuentas de correo, nombres y números de teléfono de otros individuos, que en muchos casos no son ni usuarios de Facebook. De igual manera la posibilidad de etiquetar a personas en fotos,

¹⁰² <http://searchcio.techtarget.com/definition/Safe-Harbor>

videos o ubicaciones sin contar con su aprobación expresa, y el punto principal aquí es el de la herramienta de reconocimiento facial o DeepFace, que cuenta con una precisión del 97,25% según indicó la propia red social.¹⁰³

Cuentas estándar privadas: Cuando una persona crea una cuenta, la configuración estándar aplica para que la mayoría de los datos personales permanezcan visibles, por lo que el usuario debe establecer filtros de privacidad mejorados de forma manual. Lo que se intenta es que el asunto sea al contrario: cuentas seguras de forma estándar y en caso que el propio usuario lo quiere, pueda eliminar ciertos filtros.

La demanda iba dirigida directamente a la sede de Facebook instalada en Dublín, estando por lo tanto la misma sujeta a la legislación europea en cuanto al tratamiento de los datos. Debido a esto la compañía argumenta que su sede principal se encuentra en EEUU y por tanto sería el único lugar donde se les podría demandar, pues en Europa existe una evidente falta de jurisdicción por lo que los tribunales europeos no serían competentes en el caso.

Habiendo recibido las respuestas de la red social, Max Shreems plantea una iniciativa para tener la posibilidad de efectuar una nueva demanda esta vez de manera colectiva que generaría mayor trascendencia que las simples quejas de un ciudadano común, entonces se propone alcanzar alrededor de 25000 firmas que apoyen la causa.

Sorprendentemente se consiguieron muchas más personas de las que se habían solicitado, personas de toda Europa, Latinoamérica, etc. que se sentían de la misma manera respecto a la privacidad en Facebook.

Max Shreems considero que 25000 personas era el número ideal y al interponer la demanda lo hizo de esta manera, descartando al grupo sobrante.

En esta segunda demanda presentada en el 2013 se expresan los mismos puntos que en la primera “el incumplimiento de la normativa europea de protección de datos”. La única diferencia es que esta fue interpuesta ante la Comisión de Protección de Datos

¹⁰³ <http://www.kienyke.com/tendencias/deep-face-la-herramienta-de-reconocimiento-facial-que-le-gana-al-fbi/>

(CPD) de Irlanda. Esta comisión desechó el caso alegando que todo eso estaba regulado por medio del acuerdo Safe Harbor¹⁰⁴, por lo cual era insostenible.

El siguiente paso en el proceso fue la interposición de un recurso de revisión ante el Alto Tribunal irlandés, quien elevó la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Junio de 2014, ellos tenían dos opciones:

Si debería mirarse más allá del programa “Safe Harbor” puesto que es escaso y entenderse que se vulnera el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales, relativo a la protección de datos de carácter personal, dado que hay una transferencia de datos a terceros países. O, por el contrario, si la demanda tendría que ser archivada, puesto que la corporación Facebook forma parte del programa “Safe Harbor” y ello es más que suficiente para considerar que existe una apropiada protección de los datos de ciudadanos europeos llevados al continente americano.

El martes 6 de octubre de 2015 finalmente llegó la resolución: “El Tribunal de Justicia declara inválida la Decisión de la Comisión que declaró que Estados Unidos garantiza un nivel de protección adecuado de los datos personales”¹⁰⁵.

Con ello además anula el tratado de Safe Harbor con Estados Unidos puesto que ya no se le considera un puerto seguro para almacenar datos personales de sus ciudadanos.

“Doy la bienvenida a la decisión de la corte, que con suerte se convertirá en un hito sobre derecho a la privacidad online. Esta sentencia traza una línea clara. Especifica que la vigilancia masiva nuestros derechos fundamentales y destaca que los gobiernos y las empresas no pueden ignorar nuestro derecho a la privacidad”¹⁰⁶ declaró Max Shreems en entrevista.

Con ello Max Shreems y toda su organización europe-v-facebook.org obtuvieron un triunfo que no solo significó para ellos una victoria sino para el mundo y todos quienes tenemos cantidad de datos personales sueltos en la red.

¹⁰⁴ Ibíd

¹⁰⁵ <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2015/10/06/europa-invalida-acuerdo-ueeu-sobre-transferencia-de-datos>

¹⁰⁶ <http://www.publico.es/ciencias/estudiante-gana-europa-batalla-legal.html>

Hay a quienes no les ha agradado la noticia del fallo, “la invalidación del flujo de datos transatlántico causará daños inmediatos a la economía Europea e impactará negativamente en incontables consumidores, empleados y empleadores.”¹⁰⁷ Así lo señaló DigitalEurope, una plataforma que incorpora a las multinacionales tecnológicas en Europa recientemente.

Cualquiera sea la opinión que tengamos al respecto sin duda ha sido un avance para la protección de datos en el continente europeo por el momento y probablemente un avance para el derecho a la privacidad en el resto del mundo a largo plazo, pues como señaló el propio Max Shreems, una vez que empieza uno los demás se irán sumando, él inicio todo por una iniciativa propia que sin saberlo era la de muchos otras personas y que gracias a él tuvieron vos para realizar una demanda de esta magnitud y poder ganarle a la red social más importante del mundo en la actualidad.

3.3 Análisis de Sentencia Google Spain, S.L., Google Inc. /Agencia Española de Protección de Datos.

El caso que voy a analizar versa sobre una demanda entre “Google Spain”, y Google Inc., por un lado, y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y el Sr. Costeja González, por otro, respecto una resolución dictada por dicha Agencia en la que consideraban aceptable la reclamación presentada por el Sr. Costeja.

Resumen de los Hechos

El Sr. Costeja González, de nacionalidad española y domiciliado en España, en fecha 5 de marzo de 2010 acude ante la AEPD para formular un reclamo contra La Vanguardia Ediciones, S.L., un diario de mucha difusión, y contra Google Spain y Google Inc.

¹⁰⁷ <http://cnnespanol.cnn.com/2015/10/06/facebook-pierde-batalla-sobre-proteccion-de-datos-en-europa/>

Dicha reclamación hacía referencia a que al momento que un internauta escribía el nombre del Sr. Costeja González en el buscador de Google, como resultado obtenía vínculos hacia páginas del periódico ya mencionado La Vanguardia, con fechas del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998; en estas constaba una noticia en razón de una subasta de inmuebles requerida por deudas a la Seguridad Social, por parte del Sr. Costeja González. La solicitud exigía que Google eliminara u ocultaran sus datos personales, para que no estuvieran incluidos en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia. Y que por otro lado el mencionado periódico también eliminara esta noticia.

Mediante resolución de 30 de julio de 2010, el Director de la AEPD desechó la reclamación contra la editorial “La Vanguardia” pues la publicación de aquellas noticias en el periódico tenía justificación legal, sin embargo tomo en cuenta el requerimiento manifestado por el interesado contra Google Spain y Google Inc., solicitándoles de inmediato realizar las operaciones necesarias para descartar tales datos de su lista e impedir el acceso posterior a ellos. Como respuesta Google Spain y Google Inc. interpusieron recursos ante el tribunal remitente solicitando la nulidad de la resolución.

Por consiguiente el tribunal remitente suspendió el proceso y planteó varios puntos al Tribunal de Justicia (Gran Sala)¹⁰⁸,

En principio, ¿Cuándo debe interpretarse que existe un "establecimiento" según la directiva?¹⁰⁹, el Tribunal de Justicia considera que Google Spain es una sucursal de Google Inc. en área española y, por lo tanto, un “establecimiento” según la Directiva. Por lo que objeta la explicación de que Google no ejecuta un manejo de datos de carácter personal dentro de sus movimientos realizados en España. Además El Tribunal de Justicia supone que, al momento de poner en marcha un motor de búsqueda efectivamente se da un tratamiento de datos y aunque esta gestión se haga por la matriz que se encuentra en un tercer Estado, dispone de un

¹⁰⁸ <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070es.pdf>

¹⁰⁹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, p. 31).

establecimiento en un Estado miembro, el cual tendrá como parte de sus funciones manejar a su vez dichos datos.

¿En qué casos deberá considerarse como "tratamiento de datos" a la actividad realizada por el buscador? el Tribunal de Justicia considera, que al examinar Internet de modo mecanizado, sistematizado y continuamente en razón de la información que allí se divulga, el administrador de un "buscador" acumula dichos datos, al mismo tiempo, los organiza dentro de sus programas de indexación, antes de guardarlos en sus servidores para proporcionar acceso a sus usuarios a través de una sencilla lista de resultados. La Directiva considera que sin lugar a dudas estos actos deben calificarse de "tratamiento".

¿Debe interpretarse que la empresa que gestiona el buscador "Google" es "responsable del tratamiento" de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa? En la sentencia dictada el Tribunal de Justicia efectivamente piensa que el encargado del motor de búsqueda es el "responsable" de este tratamiento, puesto que es quien establece los medios de esta acción, así como sus fines.

El Tribunal de Justicia recalca que, pudiendo este tratamiento llegar a vulnerar los derechos fundamentales de respeto a la privacidad y de amparo a los datos personales, el representante del buscador deberá garantizar, que dentro de sus posibilidades en el desarrollo de su actividad cumplirán los requerimientos de la Directiva en aras de precautelar el derecho a la vida privada.

¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, comprenden que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona, publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarle o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?

La publicación de esos vínculos en la lista de resultados está en desacuerdo con la Directiva, ya que al existir una petición por parte de un individuo afectado se evidencia que dichos datos que a su persona se refieren deber ser descartados.

El Tribunal de Justicia señala también que, debido al paso del tiempo, inclusive un tratamiento de datos que en un principio era lícito puede llegar a ser contrario a la Directiva, en ciertos casos como aquellos en los que dichos datos se consideren inconvenientes, no oportunos o ya no pertinentes considerándose los fines para los que fueron presentados y del lapso transcurrido. A menos que existan razones particulares que justifiquen que prevalezca el interés del público en tener acceso a esa información al efectuar la búsqueda.

La Directiva indica que el interesado puede acudir directamente al representante del buscador, que deberá tomar en cuenta si los motivos son debidamente fundados, en caso que lo fueren y estos no accedieran a lo requerido el afectado podrá recurrir a la autoridad de control.

¿Se excluiría la obligación de los buscadores de tutelar estos derechos cuando la información que contiene los datos personales se haya publicado lícitamente por terceros y se mantenga en la página web de origen? A este respecto el Tribunal de Justicia considero que, en ciertas situaciones, será preciso excluir de la lista de resultados obtenida los vínculos a sitios web transmitidos por terceros que contengan información de una determinada persona en el caso que este nombre y los informes sobre el mismo no hayan sido borrados previamente por el sitio de origen aunque la divulgación en dicha página sea en sí misma legal.

Una lista de resultados realizada por un buscador permite que cualquier internauta que busque un nombre específico obtenga, una lista organizada de la información referente a esa persona que circula en Internet. El Tribunal de Justicia señaló que esa información afecta a varios aspectos de la vida privada y que, sin el motor de búsqueda en cuestión, tales detalles no se habrían relacionado, o sólo habrían podido conectarse con gran dificultad. El resultado de esta intrusión en los derechos de la persona se duplica a causa del papel que juega en la sociedad actual Internet por lo

que tal afectación no puede justificarse por el simple beneficio económico de los dueños de los buscadores.

Finalmente por todo lo expuesto el fallo del Tribunal de Justicia (Gran Sala) se dio a favor de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y el Sr. Costeja González, exigiendo así a Google Inc. y Google Spain, que accedan a la petición del afectado y eliminen los enlaces existentes respecto a su persona en las listas del resultados del motor de búsqueda.

Admisibilidad

- Se vulneró el derecho a la intimidad y a la privacidad del Sr. Costeja González.
- Sus deudas con la seguridad social habían sido debidamente saldadas años atrás.
- La mantención en el tiempo de tales datos le resultaba desfavorable.
- Se presentó un reclamo ante la Agencia Española de Protección de Datos, órgano competente en su país en materia de protección de datos.
- El tribunal de justicia fundamentó debidamente su resolución basada en artículos de su Directiva sobre protección de datos.
- El artículo 1 exige a los Estados parte amparar por las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente el derecho a la intimidad, en todo cuanto se refiere al tratamiento de datos personales.
- En virtud del artículo 4, inciso 1, un Estado miembro aplicará las normas nacionales que haya admitido a todo tratamiento de datos personales cuando existe un establecimiento del supuesto responsable en su territorio.
- El artículo 12 de la Directiva confiere a los interesados un “derecho de acceso” a aquellos noticias personales manejadas por el responsable, y a su vez el artículo 14 les brinda un “derecho de oposición” al tratamiento de datos personales en determinados casos.

Análisis de la sentencia

En mi opinión la sentencia del tribunal de justicia fue acertada considero que cumplió con los requisitos de ley, se realizó una ponderación de derechos en la cual, efectivamente el derecho a la intimidad de una persona estaba por encima del derecho a la información por parte de la comunidad, ya que no se trataba de información que debía ser pública. En la actualidad estas violaciones se dan comúnmente por lo que creo que la mayoría de gente incluso se ha acostumbrado y las grandes empresas suelen salir ilesas ante reclamos o demandas, por lo que me parece admirable que existan normativas que realmente hagan prevalecer estos derechos. A su vez es una clara muestra de cómo los temas que encierran cuestiones de derechos fundamentales no pueden ser abarcados plenamente en el instante en que se originan las normas, sino que se va desenvolviendo conforme se presentan casos como estos, mismos que le sirven para aclarar ciertas prácticas que algunas veces crean confusión y de esta manera se va generando un proceder determinado que será general en los casos a futuro.

Conclusiones y recomendaciones

Existe un claro problema en relación con las nuevas tecnologías como garantes de derechos. Sin quitar que la misma nos trae apertura, facilidad y conexiones que antes hubiesen sido imposibles, a su vez representa el mayor riesgo para nuestros derechos. Y aun así no parece existir una conciencia pública en cuanto a esta alarmante situación, por un lado nosotros mismos los usuarios seguimos presentes en estas redes a pesar de la poca y casi inexistente protección que se le da a los derechos y al darle tan poca importancia a los mismos, para las grandes industrias y plataformas pasan a ser considerados como gastos extra, ya que prácticamente no existen coacciones por la ley que obliguen a asegurar el derecho a la privacidad en ese campo.

Tratando de entender por qué hay tan poca regulación sobre la divulgación de datos personales, consideraría en principio que es un tema que la gente aun considera poco relevante fuera de la Red, y se volvió un tema sonado desde el impacto de las redes sociales; pienso además que efectivamente estamos frente a nuevas generaciones es decir grupos de gente que parecen sentirse gratos al publicar detalles, algunos incluso íntimos, de su vida.

La vida diaria se vuelve pieza del Facebook, del Twitter o del Snapchat: las frustraciones, las satisfacciones, las perspectivas, las dudas, todo. Parece que la gente sintiera que si no está en las redes no está ocurriendo, se vuelve básico hacerlo conocido por los demás.

Es por ello que la libertad de expresión, se vuelve discutida: ya que se confronta a los derechos de privacidad, protección de datos, intimidad e incluso propiedad intelectual. Claro está que las redes sociales tienen enormes beneficios; trabajar desde la comodidad de la casa, comunicarse con familia distante, examinar, solicitar, ofrecer o compartir información de una forma que antes hubiera sido increíble. Pero aun con todos estos avances nuestras acciones dentro de las redes deben desarrollarse paulatinamente de una manera equilibrada, sin permitir que la red o nosotros mismos pongamos ciertos aspectos de nuestra vida privada a merced de terceras personas.

La protección de la privacidad en las redes sociales no es la adecuada, el marco regulador es inexistente o sumamente limitado. Su plena vigencia se centra en los países europeos. Sin embargo al menos ahí, se ha dado una labor muy considerable por parte de las agencias de protección de datos, que van definiendo acciones y recomendaciones. Creo que actualmente seria primordial llegar a trazar un modelo internacional respecto al tema de la privacidad en las redes sociales que a largo plazo se convierta en un marco normativo general para todos los países.

Pues habiendo realizado un estudio extenso sobre las redes sociales, y como estas se contraponen al derecho a la privacidad y la intimidad de las personas, puedo decir que en el tiempo que estamos viviendo es un tema que se torna complejo, siempre estarán los derechos por encima de todo lo demás, sin embargo como protegerlos cuando nos adentramos en lugares en los que no tenemos conocimiento como estos serán

tratados, o sitios donde nos explican las cosas un poco tergiversadas de tal manera que nos confundamos, o en última instancia que realmente no les demos la importancia real a estos, hasta el momento que ya han sido violentados.

La gente actualmente busca rapidez en todas sus acciones especialmente al momento que accede al internet queremos que todo se de ese minuto y olvidamos los riesgos que existen en el ciberespacio, al no existir aun una normativa que proteja nuestros derechos el momento que entramos al internet, estamos regalando o consignando por así decir nuestros derechos a cambio de un momento para socializar en la red.

Al ser individuos libres, gozamos de una autonomía para nuestro proceder, debemos encontrar un punto medio donde la tecnología favorezca la evolución de la sociedad, y nos permita a todos gozar de un espacio para opinar y compartir momentos en la medida justa, manejando la tecnología de tal forma que represente un avance para la sociedad en todo el sentido de la palabra y no un nuevo espacio para que los derechos se vean violados.

Bibliografía

MOYA JIMENEZ, Hernán A: “La Circulación de los derechos de la propiedad industrial”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1988

GONZALEZ CASANOVA, Pablo: “Cultura y creación intelectual en América Latina”, México, Siglo Veintiuno Editores, 1984

Ediciones Legales: “Manual legal de la propiedad intelectual”, Quito, 2006

LEON ALTARAMINO, Rosana: “Artículo Normas penales que sancionan los delitos de propiedad intelectual en la legislación ecuatoriana y española, 2007

PACHON MUÑOZ, Manuel: “Protección de los derechos de la propiedad industrial”, Bogotá, Temis, 1986

VERA CASTELLANOS, Luis Alberto: “Recursos administrativo y propiedad intelectual en el Ecuador” Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004

FERNANDEZ MASIÁ, Enrique: "Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador" en "Los derechos de Propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información", Granada, Comares, 1998

LESSIG, Lawrence: “Cultura Libre”, Santiago de Chile, LOM, 2005

Estudio sobre la Privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online. Agencia Española de Protección de Datos.

Conf. Nuñez Ricardo C., Manual de Derecho Penal, parte especial, 2da. Edición actualizada por Victor F. Reinaldo, Ed. Marcos Lerner, año 1999.

“El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales” Ed. Universidad, 1984, pág. 237.

Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (1990). El derecho a la autodeterminación informativa. Madrid: Tecnos. Temas clave.

M. HEREDERO HIGUERAS (1996). La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal: comentario y textos. Madrid: Tecnos.

Ignacio VILLAVARDE MENENDEZ (mayo, agosto, 1994). «Protección de datos personales, derecho a ser informado, y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993.» Revista Española de Derecho Constitucional. Año 14,n.º 1.

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

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.

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.

Viswanath, B., Mislove, A., Cha, M., & Gummadi, K. P. (2009, August). On the evolution of user interaction in facebook. In Proceedings of the 2nd ACM workshop on Online social networks (pp. 37-42). ACM.

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.

http://www.internetociety.org/sites/default/files/GIR_2014_Resumen_Ejecutivo.pdf

Fresno, M. D., & Marqués, P. (2014). Conectados por redes sociales: introducción al análisis de redes sociales y casos prácticos. España: Editorial UOC. Retrieved from <http://www.ebrary.com>