

Voces: RESPONSABILIDAD CIVIL ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ INFORMATICA ~ INTERNET ~ SITIO WEB ~ PROVEEDOR DE SERVICIOS DE INTERNET ~ COMUNICACIONES ~ CONTRATO DE ADHESION ~ USUARIO ~ CLAUSULA ~ PROPIEDAD INTELECTUAL ~ DERECHOS DE AUTOR ~ DERECHOS DEL TERCERO ~ DIFAMACION ~ PROTECCION DE INFORMACION ~ COMPETENCIA ~ LEY EXTRANJERA ~ CLAUSULA ABUSIVA ~ EXIMICION DE RESPONSABILIDAD ~ DERECHOS DEL CONSUMIDOR ~ DEBER DE INFORMACION ~ OBLIGACION DE SEGURIDAD ~ DERECHO COMPARADO ~ COMUNICACION ELECTRONICA DE DATOS ~ DERECHO A LA INTIMIDAD ~ HECHO DE UN TERCERO ~ DERECHOS PERSONALISIMOS ~ RIESGO CREADO ~ RESPONSABILIDAD OBJETIVA ~ RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Título: Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil

Autor: Tomeo, Fernando

1. Introducción. 2. Redes Sociales: concepto, historia y características. 3. El fenómeno Facebook: la idea del siglo XXI. 4. Sónico: una empresa Argentina. 5. Redes profesionales: LinkedIn. 6. Twitter para todos: el microblogging y la comunicación en tiempo real. 7. YouTube: sencillamente impecable!. 8. Vamos por más: Chatroulette y Foursquare. 9 Lo jurídico. Facebook: contrato de adhesión. Algunas consideraciones. 10. Derecho Comparado. Jurisprudencia. 11. Régimen de Responsabilidad Civil Argentino. 12. Conclusión: esto recién empieza.

Abstract: "Las redes sociales son sitios de Internet (plataformas informáticas) que permiten a los usuarios mostrar su perfil, subir fotos, contar experiencias personales, chatear con sus amigos y, en general, compartir e intercambiar contenidos de todo tipo (información, opiniones, comentarios, fotos y videos)".

1. Introducción

El nacimiento de las redes sociales ha generado un cambio sustancial en el mundo de las comunicaciones y de las relaciones humanas. Nada de lo que era será igual. La web 2.0 es cuna de una revolución sociológica, de la cual, no hay regreso.

Este cambio puramente humano, que afecta las conductas, la psiquis y genera nuevas relaciones personales abre una casuística que, definitivamente, terminará en derecho positivo.

Las social networks actúan como plataformas que sustentan nuevas relaciones interpersonales acompañadas de contenidos de todo tipo (opiniones, comentarios, fotos y videos) y reclaman una normativa aplicable.

Hemos destacado en varios artículos publicados en esta misma editorial la necesidad de legislar sobre la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP), incluyendo a las redes sociales. Hasta que ello suceda será de aplicación el derecho civil.

Este artículo tiene por objeto efectuar un análisis de este nuevo fenómeno social que ha revolucionado las comunicaciones y gatillado con una bala de plata a las relaciones humanas a tal punto de que "aquel que no tiene Facebook o Twitter no existe".

2. Redes Sociales: concepto, historia y características

Las redes sociales son sitios de Internet (plataformas informáticas) que permiten a los usuarios mostrar su perfil, subir fotos, contar experiencias personales, chatear con sus amigos y, en general, compartir e intercambiar contenidos de todo tipo (información, opiniones, comentarios, fotos y videos).

Técnicamente Wikipedia define a la red social como una estructura social que se puede representar en forma de uno o varios grafos en el cual los nodos representan individuos (a veces denominados actores) y las aristas, relaciones entre ellos.

Según la referida biblioteca digital, el primer sitio de redes sociales reconocible puesto en marcha fue SixDegrees.com en el año 1997 que permitía a los usuarios crear perfiles, lista de amigos y amigos de sus amigos.

De 1997 a 2001, AsianAvenue, Blackplanet y MiGente desarrollaron aplicaciones para que los usuarios pudieran crear relaciones personales y profesionales armando perfiles para identificar amigos en sus redes. Desde entonces diversas redes se han creado. Los principales competidores a nivel mundial son Facebook, Twitter y MySpace.

Hay una palabra que caracteriza la esencia de la red social: compartir. El usuario comparte contenidos de todo tipo con amigos mediante distintas aplicaciones especialmente diseñadas por cada red bajo la tutela de condiciones jurídicas standarizadas en contratos de adhesión.

La idea fundamental es entonces intercambiar contenidos entre personas que se relacionan libremente en el espacio virtual.

Constituyen verdaderos espacios o vehículos de comunicación, expresión popular y poder, influenciando directamente en las preferencias y opiniones de consumidores y usuarios.

Su poder en materia de comunicación, marketing y tendencias es incontrolable. (2)(3)

3. El fenómeno Facebook: la idea del siglo XXI

Decididamente Facebook es el invento del siglo XXI. La idea, sencillamente brillante, parte de la pregunta ¿qué estás pensando ahora? que impulsa al usuario a compartir opiniones, imágenes e información personal.

Esta red social que registra más de 400 millones de usuarios en el mundo (y que suma día a día miles de incorporaciones) fue fundada por Mark Zuckerberg en el año 2004 cuando era estudiante de la Universidad de Harvard. Hasta el presente no ha ingresado al mercado de valores pero su expansión generalizada en todo el planeta hacen incalculable su valor. Todos quieren entrar en el negocio pero sus fundadores mantienen a la compañía, por ahora, cerrada. Sólo Microsoft pudo participar con U\$S240 millones en 2007 adquiriendo el 1,6% de la compañía y el fondo de inversión ruso Digital Sky Technologies (DST) que en mayo de 2009 adquirió por U\$S200 millones el 1,96% de las acciones privilegiadas. También han invertido en la Compañía Peter Thiel y Accel Partners y en estos días se comentaba que Bono, líder y vocalista de U2, estaría adquiriendo el 1% del capital accionario.

En algún momento fue valuada en U\$S25 mil millones. Hoy nadie sabe lo que vale. Su potencial es impensable ante el inmenso caudal de información, fotos, opiniones y videos que navegan de perfil en perfil en un océano de contenidos.

Al llegar a los 400 millones de usuarios esta red social consolidó su posición como el tercer “país” más poblado del mundo: sólo lo superan China, con más de 1300 millones y la India, con más de 1200 millones.

En el punto 9 del presente artículo analizaremos la relación jurídica que se establece entre este gigante de la comunicación web 2.0 y sus usuarios.

4. Sónico: una empresa Argentina

Sónico es una red social Argentina con más de 46 millones de usuarios. Fue fundada por su CEO Rodrigo Teijeiro a mediados de 2007 quien ha mencionado que no todas las redes sociales son iguales ya que pueden diferenciarse por la política de privacidad y en la calidad de la información. En algunas se puede mentir el nombre, inventar un perfil y poner la foto de una supermodelo. Otras incluso se han convertido en un lugar de citas. Sónico tiene información real de la gente y los perfiles se moderan.

Esta red ha crecido mucho en nuestro país y en Latinoamérica y continúa su camino de expansión. Tiene como objetivo colaborar con el usuario para organizar su vida online. Por ello, todos sus usuarios pueden administrar desde una misma cuenta tres perfiles diferentes (privado, público y profesional) para tener mayor control sobre qué información quieren compartir con sus conexiones.

5. Redes profesionales: LinkedIn

LinkedIn es una red profesional orientada directamente a negocios. Fue fundada en diciembre de 2002 y actualmente posee más de 65 millones de usuarios en más de 200 países. Un nuevo usuario se une a LinkedIn cada segundo y aproximadamente 15 millones de usuarios residen en Europa. Cuenta con ejecutivos de todas las empresas Fortune 500 entre sus usuarios.

Esta red proporciona aplicaciones que permiten al usuario subir su currículum vitae, invitar gente, unirse a grupos de profesionales, solicitar una presentación a otro usuario, pedir recomendaciones, analizar búsquedas laborales, investigar empresas y localizar personas, de manera tal que constituye un importante vehículo de comunicación en el área de negocios, profesional y empresarial.

6. Twitter para todos: el microblogging y la comunicación en tiempo real

Twitter es un servicio gratuito de microblogging que funciona asimismo como red social y permite a sus usuarios enviar y leer mensajes de hasta 140 caracteres en tiempo real.

Fue fundada en marzo de 2006 por Biz Stone, Evan Williams y Jack Dorsey, cuenta con más de 105 millones de usuarios, quienes pueden elegir que sus mensajes sean vistos por sus contactos o por todo aquel que acceda al servicio. Parte de la pregunta “¿qué estás haciendo?”

La principal característica desarrollada por Twitter fue la inmediatez, esto es, los mensajes o contenidos pueden ser enviados, en forma inmediata (en tiempo real) desde cualquier sitio web, vía SMS, teléfonos celulares, programas de mensajería instantánea o cualquier aplicación de terceros como Facebook. Ello permite estar actualizado “en el momento” respecto de cualquier comentario, opinión, situación o hecho que se suscite en la realidad.

Por ello Twitter tiene un gran poder de influencia en el público en general y en la comunicación corporativa, ya que a través de la red se puede tomar conocimiento de hechos con anterioridad a que sean dados a conocer en los medios tradicionales, como diarios y televisión. Los ejemplos son múltiples tales como el golpe de Estado de Honduras, el fallecimiento de Michael Jackson en 2009 o la muerte de Sandro el 4 de enero pasado.

Desde el punto de vista de la imagen y reputación corporativa su valor es inmenso y toda compañía que predica una buena política de comunicación externa no puede prescindir de esta plataforma. (4)

Su importancia es de tal magnitud que la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos adquirió los archivos de mensajes intercambiados públicamente a través de esta red social por lo cual miles de millones de “tweets” (mensajes) pasaron a engrosar su base de datos digital.

El crecimiento de Twitter la ubica en el primer o segundo puesto en el ranking de redes sociales que disputa con Facebook.

7. YouTube: sencillamente impecable!

No podemos dejar de mencionar a YouTube por su indiscutida relevancia en materia de comunicación social como así también para el derecho aplicable a las relaciones web 2.0.

Esta plataforma es un sitio web que permite a sus usuarios compartir videos digitales a través de Internet. Fue fundada a comienzos de 2005 por tres ex empleados de PayPal (Chad Hurley, Steve Chen y Jawed Karim) y Google la adquirió en el año 2006.

La idea es decididamente impecable. La plataforma permite acceder a todo tipo de videos de cualquier contenido en cualquier parte del mundo. Su utilización para distintas ciencias como la medicina, la economía, el derecho y la educación es invalorable.

8. Vamos por más: Chatroulette y Foursquare

La proliferación de redes sociales no para. Por el contrario, en los últimos tiempos se han desarrollado dos nuevos curiosos productos en los Estados Unidos.

Hace pocos meses atrás nació Chatroulette, fundada por el estudiante moscovita Andrey Ternovski de 17 años. Se diferencia de otras redes sociales tradicionales, ya que no requiere al usuario la creación de un perfil, esto es, funciona sin registración.

Por medio de esta plataforma y a través del videochat el usuario se conecta con cualquier persona en cualquier parte del mundo y si lo que aparece en su pantalla no le agrada lo único que tiene que hacer el apretar el botón “next” y otro desconocido aparecerá en el monitor.

Es evidente que cualquier imagen (y digo...cualquiera de las que podamos imaginar) puede aparecer en nuestra pantalla, lo que seguramente puede afectar el pudor y la ética.

En consecuencia, si bien este sitio permite denunciar a usuarios por uso inapropiado, puede servir como vehículo directo para contenidos desagradables o ilegales que afecten derechos de terceros. De hecho, la asociación de protección de la infancia E-Enfance ha advertido que esta red es inapropiada para menores de edad.

Por otra parte, a principios de 2010, comenzó a operar Foursquare, una red social que parte de la pregunta ¿dónde estás?

Esta “social media” actúa como un nuevo “boca a boca” on line, ya que permite a sus usuarios encontrar información sobre lugares que se “encuentran de moda” o que son “reconocidos” por otros usuarios, en determinadas ciudades o localidades.

Si por ejemplo un usuario se encuentra en la ciudad de Miami puede chequear, en tiempo real, los lugares, actividades y otros entretenimientos preferidos por otros usuarios que son calificados como visitantes “reincidentes” y que pueden haber obtenido cierto prestigio con sus recomendaciones mediante la utilización de esta plataforma.

El usuario valoriza, en tiempo real y mediante un “check-in” un café, un restaurant, un museo, o cualquier otro lugar de paseo o diversión actuando con clara vocación de e-reference, compartiendo recomendaciones u opiniones acerca de dichos lugares con su lista de contactos.

Asimismo el check-in permite ver la locación de nuestros amigos en un mapa así como comprobar quién hace el “chequeo” en algún lugar que ya hemos visitado.

Para ello Foursquare tiene disponible aplicaciones capaces de usar GPS (sistema de posicionamiento global) para cualquier celular lo que permite realizar el check-in en forma inmediata.

El hecho de ir señalando los sitios visitados con un “clikeo” convierte a esta “social media” en un juego, ya que cada vez que se visita un local (de la variedad que se pueda imaginar) se gana una cantidad de puntos que puede derivar en la obtención de un título (alcalde del lugar) o un premio (badget): Ej: descuentos para almorzar la semana entrante.

En conclusión, el usuario comparte su localización, aporta información sobre el lugar en que se encuentra y puede deslizar un consejo mientras disemina el mensaje a todos sus contactos en Facebook o Twitter, plataformas a las cuales se vincula esta nueva red.

9. Lo jurídico. Facebook: contrato de adhesión. Algunas consideraciones

Todas las redes sociales como Facebook, Sonico, MySpace, Twitter, Hi5 y Orkut desarrollan contrataciones unilaterales a las cuales se adhieren los usuarios.

Tomando como ejemplo a Facebook, entre esta red social y el usuario se celebra un contrato de adhesión mediante “un click” que formaliza el navegante de la red social.

Al clickear el usuario acepta, generalmente sin leer, un universo de declaraciones perfiladas por distinguidos colegas americanos.

Como contrato de adhesión ha sido redactado unilateralmente y no da lugar a negociar los términos de inclusión. Si no se está de acuerdo, se está fuera de la plataforma social.

No es objeto de este artículo efectuar un análisis de los contratos de adhesión, ya que todos conocemos que sus cláusulas son cuestionables desde el momento que conforman cláusulas predispuestas por una de las partes, que impone su fortaleza en la contratación.

Al respecto no debe perderse de vista que “...el usuario celebra un contrato con su proveedor de información y los conflictos jurídicos entre ambos se rigen por el sistema convencional o negocial de responsabilidad mientras que pertenecen a la órbita de la responsabilidad civil extracontractual las restantes cuestiones. Ello sin perjuicio de la eventual invalidez de las cláusulas abusivas impuestas por la empresa predisponente...” (5)

En efecto, conforme sostiene Lorenzetti “...Entendemos que si el usuario ha tenido oportunidad de conocer las cláusulas generales de modo inequívoco, existe una aceptación de las mismas. Sin embargo, ello no es suficiente para la legitimación de las cláusulas abusivas, porque su ilegitimidad proviene de la ley de orden público, que resulta aplicable al caso, en protección de los consumidores. Dada la creciente standarización en la legislación internacional sobre cláusulas abusivas, es posible aplicar esta legislación sin que constituya una barrera para arancelaria o un obstáculo a la seguridad jurídica...” (6).

A continuación mencionamos, a modo ilustrativo, algunas cláusulas de relevancia vinculadas al contrato de adhesión suscrito entre un usuario y la red social Facebook, que en su parte sustancial se denomina “Declaración de derechos y responsabilidades”, efectuando algunas consideraciones puntuales:

1. Como contrato se rige por los términos de contratación descriptos en la declaración de derechos y responsabilidades y documentos complementarios que automáticamente acepta el usuario. Así lo establece concretamente el encabezamiento de las referidas declaraciones cuando establece que “Al utilizar o acceder a Facebook, muestras tu conformidad con la presente Declaración...” y el punto “otros” cuando refiere que “...Esta Declaración constituye el acuerdo completo entre las partes en relación con Facebook y sustituye cualquier acuerdo previo...” cerrando el espectro el punto 1 de las Disposiciones Especiales Aplicables a Usuarios que no residen en EE.UU. cuando menciona que “...Das tu consentimiento para que tus datos personales se transfieran a Estados Unidos y se procesen en dicho país...”

2. El usuario (Ud., sus amigos, sus hijos, etc.) cede a Facebook el derecho de uso sobre cualquier contenido de propiedad intelectual (información, opiniones, imágenes, etc.) con carácter permanente. Así lo refiere expresamente el punto 2.1. de la referida declaración cuando establece que “nos concedes una licencia no exclusiva, transferible, con posibilidad de ser sub-otorgada, sin royalties, aplicable globalmente, para utilizar cualquier contenido de PI (propiedad intelectual) que publiques en Facebook o en conexión con Facebook (en adelante, “licencia de PI”). Esta licencia de PI finaliza cuando eliminas tu contenido de PI o tu cuenta, salvo si el contenido se ha compartido con terceros y éstos no lo han eliminado”.

En relación al último párrafo transcrito es dable destacar que el contenido creado por un usuario siempre es compartido con terceros, porque ésa es la esencia de esta red social. Ergo, en la práctica, la licencia nunca finaliza porque el contenido, aunque un usuario lo dé de baja, permanecerá vivo en el perfil de otros usuarios. Esto conlleva un importante poder de control sobre la información y contenidos voluntariamente brindados por el usuario.

3. Se consagra la cláusula de “Best Efforts” para que la plataforma se considere un ámbito seguro para la privacidad de los usuarios pero no se otorgan garantías al respecto. Ello lo consagra expresamente el punto 3 cuando refiere que “...Hacemos todo lo posible para hacer que Facebook sea un sitio seguro, pero no podemos garantizarlo...”.

4. La red compromete al usuario a no crear ningún contenido que implique violentar derechos de terceros. Esto constituye un punto importante a la hora de deslindar responsabilidades. Al respecto se consagra que: “...No publicarás contenido que resulte hiriente, intimidatorio, pornográfico o que contenga desnudos o violencia gráfica o injustificada...” (punto 3.7); “...No utilizarás Facebook para actos ilícitos, engañosos, malintencionados o discriminatorios...” (punto 3.10); “...No proporcionarás información personal falsa en Facebook, ni crearás una cuenta para otras personas sin su autorización...” (punto 4.1.); con cláusulas amplias de carácter tuitivo que refieren que “...No utilizarás Facebook si eres menor de 13 años...” (punto 4.3); “... No publicarás contenido ni realizarás ninguna acción en Facebook que infrinja o viole los derechos de otros o que viole la ley de algún modo...” (punto 5.1.) y que “...Podemos retirar cualquier contenido o información que publiques en Facebook si consideramos que viola esta Declaración...” (punto 5.2.).

Al respecto Facebook ha instrumentado un acertado aplicativo para denunciar contenidos de tipo difamatorio o ilegales que son dados de baja, previa verificación y moderación. También contiene aplicativos

que permiten promover la baja de perfiles falsos o sostenedores de publicidad engañosa.

Como consecuencia de la ley que rige la contratación, le resulta aplicable un procedimiento de notificaciones denominado “notice and take down”, instituto previsto en el art. 512 de la “Digital Millenium Copyright Act” (DMCA) del año 1998 de los Estados Unidos que constituye un mecanismo extrajudicial que implica quitar (takedown) de Internet los contenidos que se denuncian como ilegales luego de recibida la notificación pertinente (notice). Al recibir esta notificación la red social debe actuar rápidamente y dar de baja o bloquear un contenido que le sea notificado como difamatorio, que atente contra un derecho personalísimo y/o de propiedad intelectual y/o sea ilegal.

5. En materia de derechos de propiedad intelectual se consagra la obligación de cumplir la ley con especial referencia a la ya mencionada “Digital Millenium Copyright Act” (DMCA) y a la Video Privacy Protection Act (VPPA) —ley de protección de la privacidad de vídeo— de los EE.UU. (punto 9.20).

6. Asimismo Facebook se reserva el derecho de cambiar las reglas de juego previa notificación cuando refiere que “... Podemos cambiar esta Declaración siempre y cuando te avisemos, mediante la publicación del cambio en la página Facebook Site Governance Page (Página de gobierno del sitio de Facebook), y te ofrezcamos la oportunidad de enviar tus comentarios...” (punto 1 del título “enmiendas”).

7. Por otro lado se consagra la jurisdicción y ley extranjera para resolver cualquier conflicto que se suscite entre las partes, esto es, el Tribunal Estatal o Federal del Condado de Santa Clara, California y las leyes del Estado de California (punto 1 del título “conflictos”).

Algunos autores consideran abusivo este tipo de cláusulas de prórroga de jurisdicción porque implica constreñir al usuario, ubicado en cualquier parte del mundo, a litigar en territorio de los EE.UU., en cualquier caso que fuere. En tal sentido se ha sostenido que “...Las cláusulas inequitativas, las que prorrogan la jurisdicción, las que invierten la carga probatoria, la que limita los derechos del consumidor, son abusivas...” (7)

8. Finalmente una genérica exención unilateral de responsabilidad de la empresa se destaca en letra mayúscula junto a una obligación de indemnidad a cargo del usuario cuando se refiere a que: “...lo utilizas (a Facebook) bajo tu propia responsabilidad. Proporcionamos facebook “tal cual” sin garantía alguna expresa o implícita, incluidas, de manera enunciativa pero no limitativa, las garantías de comerciabilidad, adecuación a un fin particular y no contravención. No garantizamos que facebook sea seguro. Facebook no se responsabiliza de las acciones, el contenido, la información o los datos de terceros y por la presente nos dispensas a nosotros, nuestros directivos, empleados y agentes de cualquier demanda o daños, conocidos o desconocidos, derivados de o de algún modo relacionados con cualquier demanda que tengas interpuesta contra tales terceros...” (ver punto 3 del título “conflictos”).

En relación con este punto si bien son discutibles a la luz de nuestro derecho del consumidor y de la propia ley civil las cláusulas de exención unilateral de responsabilidad y de limitación de garantías, no puede escapar al lector la idea de que en materia de nuevas tecnologías, donde la seguridad de la información personal está en juego, debe regir un criterio de proporcionalidad: a mayor desarrollo de nuevas tecnologías, mayor deber de información y mayor obligación de seguridad.

El criterio expuesto se sustenta en el carácter tuitivo que consagra el artículo 42 de la Constitución Nacional para los consumidores y usuarios de bienes y servicios y la doctrina fijada por nuestro más alto Tribunal en materia de seguridad en las relaciones de consumo (vid CS, 21/3/2006 “Ferreira Víctor y ot. c. V.I.C.O.V. S.A.”, JA, 2006-II-218, entre otros).

10. Derecho Comparado. Jurisprudencia

En los Estados Unidos la sección 230 (c) (1) de la Communications Decency Act (Ley de Decencia en las Comunicaciones) del año 1996 estableció como regla general que los diferentes proveedores y usuarios de servicios informáticos interactivos son inmunes a las demandas de responsabilidad por contenidos publicados por terceros.

Al respecto, en la demanda promovida por Denise Finkel contra Facebook Inc y otros, con fecha 15 de septiembre de 2009, la Juez Debra James de la Suprema Corte del Estado de Nueva York (Condado de Nueva York - Expediente número 102578/2009) rechazó la acción promovida contra Facebook por difamación considerando que esta “social networking” era inmune a cualquier reclamo de responsabilidad por contenidos publicados por terceros por aplicación de la sección 230 de la Communications Decency Act de 1996, afirmando que no podía considerarse a la red social editor o “publisher” de la información generada por otros. (8)

Para los asuntos relacionados con la Propiedad Intelectual la “Digital Millenium Copyright Act” (DMCA) del año 1998 establece reglas propias para cada especie de proveedor de servicios de Internet (ISP).

El art. 512 de la DMCA establece los denominados “safe harbors” (puertos seguros), es decir, cuatro supuestos en los cuales las actividades de los proveedores de servicios de Internet quedan exentos de la obligación de reparar los daños ocasionados como consecuencia de las infracciones a los derechos de la Propiedad intelectual concretadas por terceros.

Esas situaciones son: a) la mera transmisión de contenidos (transitory digital network Communications), b)

el almacenamiento temporal en caching (system caching), c) el alojamiento de datos o “hosting” de sitios o páginas web de terceros. (information residing on systems or networks at direction of users), d) el uso de herramientas de localización de información (motores de búsqueda) incluyendo directorios, referencias y enlaces de hipertexto (information location tools). En relación con cada una de estas actividades se establecen las condiciones que deben cumplir los ISP para poder sustraerse a la obligación de reparar los daños ocasionados por infracciones a derechos de Propiedad Intelectual por terceros.

En Europa la Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa define al prestador de servicios de la sociedad de información como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de información y los exime de responsabilidad por contenidos publicados por terceros en la medida en que: a) no hayan originado ellos mismos la transmisión; b) no seleccionen el destinatario de la transmisión y c) no seleccionen ni modifiquen los datos transmitidos (art. 12).

Asimismo el art. 15 consagra el principio de “ausencia de obligación general de vigilancia” que exime al proveedor del deber de monitorear los datos que transmita o almacene y de la obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto de los servicios que presta. Aunque aclara que lo expuesto no afecta la posibilidad de una Corte o Tribunal administrativo requiera al proveedor del servicio que prevenga y dé fin a una infracción.

Pero el criterio de eximición de responsabilidad por contenidos publicados por terceros no es unívocamente aceptado por los Tribunales Europeos.

En efecto, el 24 de febrero de 2010 el Tribunal de Milán, a cargo del Juez Oscar Magi, condenó a seis meses de prisión (en suspenso) a tres directivos de Google Italia por violación a la intimidad como consecuencia de la divulgación de un video que había sido cargado en la plataforma “Google Video”, en el cual se veía a un menor autista siendo insultado y agredido por cuatro estudiantes de un instituto técnico de la Ciudad italiana de Turín (Norte).

El video, grabado con un teléfono móvil, fue colgado el 8 de septiembre de 2006 y permaneció hasta el 7 de noviembre del mismo año, siendo incluido en la categoría de los videos más divertidos, alcanzando el puesto 29 de las imágenes más vistas. La acción judicial fue impulsada por el grupo italiano Vivi Down que defiende los derechos de las personas con síndrome de Down y por el padre del menor.

La sentencia deja de lado el criterio general que ha sido mencionado, ya que imputa responsabilidad a los directivos del Buscador de Internet que no tuvieron intervención alguna en los hechos en cuestión. Para algunos la línea argumental de este fallo permite imputar responsabilidad civil objetiva a los directores de cualquier ISP que aloje contenidos difamatorios publicados o “subidos” por terceros. Para otros, el criterio del fallo es aceptable considerando que debe exigirse a los ISP que alojan contenidos de terceros un mínimo de diligencia en el monitoreo y eliminación de aquellos contenidos dañosos o violatorios de derechos personales, luego de notificados de la existencia del contenido ilegal.

En nuestro país, la temática de la responsabilidad civil de los Proveedores de Servicios de Internet por contenidos publicados por terceros ha tenido gran difusión en los últimos meses como consecuencia de dos fallos dictados por Tribunales de primera instancia vinculados a Buscadores de Internet. [\(9\)](#)

11. Régimen de Responsabilidad Civil Argentino

El objeto de este apartado es analizar brevemente si una red social debe responder civilmente por los daños y perjuicios sufridos por una persona como consecuencia de contenidos injuriosos, difamatorios o ilegales generados, publicados o “colgados” por terceros.

Reiteramos que la materia de la Responsabilidad Civil de los ISP no se ha legislado en la República Argentina no obstante existieron dos proyectos de ley que no fueron tratados por el Congreso Nacional. El primero de ellos (S-3812/06) fue presentado en el año 2006 por el ex Senador Jorge Capitanich y el segundo por el Senador Guillermo Jenefes a mediados del 2009.

Para el tratamiento puntual de esta cuestión partimos de un ejemplo inspirado en otros antecedentes [\(10\)](#).

Supongamos que un señor abandonado y despechado por su novia, Florencia, decide “colgar” en Facebook fotos de su “ex partenaire” ligera de ropas junto con variadas opiniones y comentarios agraviantes que escribe en su muro. A ello decide agregar “un video” íntimo que filmó con su celular, sin el consentimiento de su novia. El contenido puede ser visto por sus “amigos” que, según consta en su propio perfil, alcanzan a 428 personas, quienes también deciden sumar sus propias “apreciaciones” al respecto, utilizando el mismo muro. Pero este señor, aún no satisfecho con su cobarde venganza, decide crear una página de “Fans” en Facebook que titula “Florencia es una prostituta” a la cual se suman todos sus amigos del colegio, del bar, del club, del barrio y otros conocidos circunstanciales. En total suman 1328 fans.

No cabe duda alguna que este señor y varios de sus “amigos”, como creadores de los contenidos ilegales, han violado derechos personalísimos de raigambre constitucional (intimidad, honor, imagen) y deben responder por ello. La entidad de la reparación estará dada por la magnitud del daño causado.

Ahora bien, Facebook actuó como plataforma digital o sostén de estos contenidos degradantes e ilícitos.

Ergo: ¿Debe responder Facebook por el daño moral causado a la novia difamada?

Ante la carencia de norma específica será de aplicación el régimen de responsabilidad civil consagrado por nuestro Código Civil.

Al respecto nuestra ley Civil distingue la responsabilidad contractual (que deriva del incumplimiento de un contrato) de la responsabilidad extracontractual (derivada de la producción de un daño sin que exista nexo contractual) y consagra dos factores de atribución de responsabilidad, distinguiendo la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa (artículo 1113 y concordantes del Código Civil) de la responsabilidad subjetiva (artículos 512 y 1109 del Código Civil).

A partir de estas normas generales distinguida doctrina reconoce la existencia de “actividades riesgosas” situando a las mismas dentro del ámbito objetivo de aplicación del art. 1113 del Código Civil mediante una interpretación dinámica de dicha norma. [\(11\)](#)

La Dra. Zavala de González en la obra citada refiere que los daños derivados de la actividad informática pueden recaer en la esfera contractual o en la extracontractual, dándose esta última circunstancia cuando los perjudicados son terceros ajenos a la relación que vincula al proveedor con el usuario específico de un sistema de computación, refiriendo asimismo que la actividad informática es riesgosa y que, en consecuencia, le resulta aplicable la responsabilidad objetiva (art. 1113, segundo párrafo, segunda parte del Código Civil) referida al riesgo de la cosa.

En el mismo sentido, ante la hipótesis de anonimato del propietario de la página web, se ha propiciado la responsabilidad objetiva en base al riesgo creado (art. 1113, párr. 2º “in fine”, Cód. Civil Argentino), porque la computadora es una cosa de riesgo y se beneficia económicamente con el almacenamiento de datos a título oneroso o gratuito, en cuyo caso es solventado con publicidad. [\(12\)](#)

En mi opinión y en el caso concreto, si bien la red social actúa como plataforma o soporte informático utilizado por un tercero para crear o “colgar” contenidos ilegales en modo alguno se le puede imputar responsabilidad objetiva, ya que no contribuye a la generación del daño ni como autor ni como editor del contenido.

Por ello considero aplicable a las redes sociales responsabilidad subjetiva por contenidos ilegales creados, publicados o “colgados” por terceros cuando existe un obrar negligente de su parte, esto es, cuando se le comunicó (en forma fehaciente) la existencia de un contenido ilícito y la red social no toma las medidas necesarias para eliminar o bloquear el mismo.

Esto último, de acuerdo con las precisiones que se exponen a continuación:

a) Si la red social no fue notificada de la existencia del contenido ilegal no tiene responsabilidad aunque dichos contenidos se encuentren alojados en su plataforma.

Sostener lo contrario implicaría imponer a las redes sociales la obligación de monitorear y moderar millones de contenidos, esto es, imágenes, opiniones y comentarios (algunos emitidos en tiempo real) u otros contenidos enlazados (como videos o fotos) que se suben a la red en forma intermitente, minuto a minuto. Ello conlleva una obligación que no se condice con la realidad y la rentabilidad del negocio y una censura previa que se agrega a la incidencia del costo empresario.

b) Si la red social fue notificada extrajudicialmente de la existencia del contenido ilegal y se le reclamó su eliminación debe proceder a darlo de baja cuando el mismo resulta ostensible y manifiestamente ilegal, ya que cuenta con los elementos y las herramientas técnicas necesarias para evitar que el ilícito se continúe cometiendo, esto es, posee la capacidad técnica para ejercer el control.

En este sentido se debe requerir a la red social un obrar leal, de buena fe y con la diligencia de un buen hombre de negocios en los términos de nuestra ley civil.

Al respecto concuerdo con la postura de distinguida doctrina que sostiene que: “...No cabe hesitación en compartir la postura de que ante un material ostensiblemente dañoso, reclamada su eliminación por el sujeto damnificado, el proveedor debe actuar, y —a priori— de ser técnicamente posible, acoger preventivamente esa petición...” y que “...Resulta inhesitable que la conducta exigible al proveedor de servicios de Internet es obrar, actuar y comportarse con la diligencia debida, apoyada en la razonabilidad —como standard valorativo—, diligencia más acentuada por ser la beneficiaria económica de las prestaciones y lucrar —directa o indirectamente— con el acceso a consumidor en muchas mejores condiciones técnicas fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto...” [\(13\)](#)

Si la “social media” duda sobre si el contenido es “ilegal” deberá recurrir a sus asesores (abogados o el experto que fuere necesario) para diligentemente fijar una posición y, eventualmente, recurrir al órgano judicial. Pero no puede ampararse válidamente en la duda sobre “la calidad del contenido” para mantenerlo on line. Reitero, se le requiere diligencia en la moderación de contenidos, máxime cuando el autor del contenido es desconocido.

Lo expuesto es coherente con el sistema de denuncias de contenidos ilícitos que ofrecen varias redes

sociales. Es evidente que si una red social acepta contenido generado por terceros debe propiciar términos claros que le permitan eliminar o bloquear el material ilegal ingresado de manera de ejercitar un “cuidado razonable” para evitar que los daños se sigan generando.

A título de ejemplo, la red social Sónico cuenta con un centro de denuncias por el cual cualquier usuario, de sentirse agraviado por algún contenido, puede denunciarlo y la red tomará las medidas que considere adecuadas.

Por su parte Facebook posee aplicaciones de moderación que permite a los usuarios denunciar un comentario, una página o un grupo.

Aunque entiendo que cualquier caso puntual deberá ser analizado dando prioridad a la libertad de expresión como derecho fundamental consagrado por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, bajo la pauta de que, como todo derecho, debe ser ejercido en forma razonable, regular y no abusiva ya que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, considerándose tal, al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1071 del Código Civil).

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la libertad de expresión es un derecho que es absoluto tan solo desde la perspectiva de que no puede someterse a censura previa, pero su ejercicio puede generar responsabilidad en caso de abuso (“Ponzetti de Balbín c. La Razón”, LA LEY, 2000-C, 1244, entre otros).

En caso de que la red social decida mantener el contenido no obstante la denuncia o pedido de baja formulado por quien se considera agraviado, éste deberá concurrir a la justicia a solicitar su eliminación o bloqueo y la red social podrá ser considerada responsable civilmente por los contenidos que ha decidido mantener on line.

c) Si se ordena judicialmente a la red social dar de baja o bloquear un contenido determinado, ésta debe cumplir la orden judicial en forma inmediata. No existe duda al respecto. Si la red social no cumple la orden judicial, entonces, habrá culpa y responsabilidad de la misma.

12. Conclusión: esto recién empieza

Reiteramos que la realidad web 2.0 ha generado el nacimiento de situaciones variadas y novedosas. Los casos judiciales se multiplican y requieren de una legislación específica que la doctrina viene reclamando desde hace tiempo.

En las primeras Jornadas sobre “Imagen, Comunicación y Redes Sociales” desarrolladas por el Departamento de Derecho Empresarial de la Facultad de Derecho de la UBA, en el año 2009, se debatió ampliamente este tema con importantes aportes de distintos actores del sector de las nuevas tecnologías.

Esperamos poder contar en este año con un nuevo espacio de debate para compartir opiniones e ideas que colaboren con nuestros legisladores en la génesis de una legislación específica aplicable a esta materia teniendo en cuenta que, esto recién empieza.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Agradezco a mi hijo Martín Fernando Tomeo quien colaboró conmigo en la elaboración del presente con sus inagotables ideas.

(2) El tema es tratado en el artículo de doctrina publicado en La Ley Actualidad de fecha 2 de febrero de 2010 denominado “La protección de la Imagen y la Reputación Corporativa en la web 2.0”, escrito por Fernando Tomeo.

(3) Vid Tomeo, Fernando, “Las nuevas tecnologías en el Derecho Comparado. American Blogs”, LA LEY, 2010-A, 766.

(4) Op. cit. nota (2)

(5) Vid Galdós, Jorge Mario, “Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet”, LA LEY, 2001-D, 953-969.

(6) Vid Lorenzetti, Ricardo L., “Comercio electrónico y defensa del consumidor”, LA LEY, 2000-D, 1003-1012.

(7) Op. cit. nota (6)

(8) Denise Finkel accionó por difamación contra Facebook Inc.; Michael Dauber; Jeffrey Schwartz; Melinda Danowitz; Leah Herz; Richard Dauber; Amy Schwartz; Elliott Schwartz; Martin Danowitz; Bari Danowitz; Alan Herz y Ellen Herz. La adolescente promovió demanda contra sus compañeros de colegio, sus padres y contra Facebook luego de que sus compañeros crearan un grupo de opinión privado en dicha red social denominado “90 Cents Short of a Dollar,” que contenía comentarios falsos y difamatorios sobre su persona indicando que era una mujer de dudosa moral, dudosa sexualidad, que consumía drogas, que había contraído el virus H.I.V. y estaba enferma de sida. La actora consignó en la demanda que Facebook debía responder por publicar los contenidos difamatorios, indicando que debería haber conocido que dichos comentarios eran falsos

o haber tomado los pasos necesarios para verificar si eran genuinos o no. Facebook argumentó que así como las empresas de telefonía o de correo postal no podían ser demandados por el uso de sus servicios como consecuencia del envío de contenido difamatorio tampoco lo podía ser Facebook. Los padres de los jóvenes (que crearon y participaron en el grupo difamatorio) fueron asimismo demandados porque “sabían o debían saber” que sus hijos estaban vinculados a una actividad maliciosa y difamatoria. El grupo fue creado por Melinda Danowitz y los demás compañeros participaron incorporando sus propios comentarios.

(9) Vid sentencia de fecha 29 de julio de 2009 dictada en autos caratulados “Da Cunha, Virginia c. Yahoo! De Argentina S.R.L. y otro”, en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número 75, en los cuales la Sra. Juez Virginia Simari hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios promovida por la modelo, cantante y actriz Virginia Da Cunha (ex integrante del grupo musical “Bandana”), condenando a Google Inc y Yahoo! de Argentina S.R.L a abonarle la suma de \$100.000 en concepto de daño moral por el uso indebido y no autorizado de su imagen personal. Igual criterio adoptó el 4 de marzo de 2010 la Dra. Nora González de Rossello, a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil numero 95 que dictó sentencia en los autos caratulados “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. y otro s/daños y perjuicios”, haciendo lugar parcialmente a la demanda promovida por la referida modelo y actriz, condenando a los mismos Buscadores de Internet a pagarle la suma de \$120.000 (en distintas proporciones) en concepto de daño moral, por vincular su nombre e imagen a páginas web pornográficas, de prostitución y tráfico de sexo. Al respecto vid: Artículo de doctrina titulado “Responsabilidad de los Buscadores de Internet”, escrito por Fernando Tomeo y Roberto Abieri en RCyS, diciembre/2009, pp. 66/70 y artículo de doctrina titulado “Nueva condena judicial para los buscadores de Internet”, escrito por Fernando Tomeo y publicado en La Ley Actualidad, 16 de marzo de 2010.

(10) Ver ejemplos y antecedentes de grupos de difamación y discriminación en redes sociales en el artículo de doctrina denominado “Grupos de opinión discriminatorios on line” publicado en La Ley Actualidad, 18 de diciembre de 2009, escrito por Fernando Tomeo.

(11) Conf. Zavala de González, Matilde, “Personas, casos y cosas en el derecho de daños”, p. 47 y s.; Galdós, Jorge Mario, “La evolución de la teoría del riesgo creado”, en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2006-3, “Creación de riesgo - I”, p. 55 y ss., esp. pp. 62/63, con sus citas y remisiones; C.S.J.N., “Mosca, Hugo Arnaldo c. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, 06/03/2007.

(12) Op. cit. nota (5)

(13) Op. cit. nota (5)