

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

REDES SOCIALES EN INTERNET Y

DERECHO INFORMATICO EN EL PERU

Julio Núñez Ponce*

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Las redes sociales son un medio virtual de interrelación entre varias personas donde comparten datos, noticias, fotos, eventos, opiniones, sentimientos y otros aspectos de su vida privada, regulados por contratos que las personas aceptan al inscribirse como usuarios. Estos contratos regulan globalmente las actividades de las redes sociales y las acciones que las personas realizan utilizándolas.

Las redes sociales son potentes herramientas de publicidad para los negocios y pequeñas y medianas empresas, ya que este tipo de plataformas segmenta al público por edad, sexo, pasatiempos y preferencias, factores que permiten establecer campañas publicitarias bien direccionadas.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que para la inscripción se le pide a cada persona datos: como nombres y apellidos, fecha y año de nacimiento, institución a la cual pertenecen. De la navegación en las principales redes sociales no se ha encontrado mecanismos de verificación de los datos solicitados, por lo cual varios de esos datos podrían ser falsos y si los datos son falsos podrán darse casos donde la manifestación de voluntad no sería válida por contener datos falsos de identificación o la información a ser utilizada en la publicidad no esté suficientemente verificada.

Por otra parte el uso de los datos personales por parte de las empresas, las campañas publicitarias, los medios de comunicación, el gobierno crean necesidades de regulación frente a los problemas jurídicos que se originen por el uso de estos medios digitales. Asimismo el incumplimiento contractual, la protección de datos personales, la comisión de delitos en el ciberespacio, plantean la necesidad de una regulación jurídica sistémica, integral y coherente.

En este orden de ideas "los problemas jurídicos que originan Internet, el ciberespacio o la informática y las nuevas tecnologías de la información, son materia de estudio del derecho informático, uno de los conocimientos jurídicos de mayor actualidad y proyección, con incidencia en todas las actividades humanas en las que se utilizan dichas tecnologías; y su solución eficaz posibilita la mayor aceptación y confianza del ciudadano en los negocios electrónicos que se realizan en Internet"⁴⁵⁶ En las redes sociales también se dan problemas jurídicos en torno a la privacidad, responsabilidad, contratos, delitos y otros temas jurídico informáticos que deden ser solucionados en forma integral y completa.

* Abogado, Experto en Derecho Informático. Coordinador Académico del Diplomado en Derecho Informático organizado por la Maestría de Ingeniería de Sistemas e Informática de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. julionunezponce@gmail.com

NUÑEZ PONCE, Julio: "Derecho de Negocios Electrónicos en Internet". En Libro Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima por sus XXV años. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. 2006. Lima, Perú. Página 424.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

2. LAS REDES SOCIALES Y EL DERECHO INFORMÁTICO

“El Derecho Informático es un materia inequívocamente jurídica; conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones... asimismo integran el Derecho Informático las sentencias de los Tribunales sobre materias informáticas y las proposiciones normativas, es decir los razonamientos de los teóricos del Derecho que tienen por objeto analizar, interpretar, exponer, sistematizar o criticar el sector normativo que disciplina la informática y la telemática”⁴⁵⁷

Las redes sociales han conseguido ganar la preferencia de los usuarios y su confianza para ingresar en su vida privada, para lo cual cuidar que sus políticas de privacidad sean transparentes para el usuario, lo que no siempre sucede en la práctica. Es necesario tener en cuenta la utilidad y difusión de las redes sociales que son un instrumentos eficaz de comunicación y de llegar a las personas desde la intimidad de su ordenador.

Recientemente el uso de las redes sociales ha podido observarse en distintos acontecimientos sociales que ha puesto en evidencia la utilidad e importancia de estos medios digitales. Por ejemplo en el último mundial de fútbol se utilizó la red de redes y toda la tecnología disponible, permitiendo que todas las personas tuvieran la posibilidad de disfrutar esta competencia sin restricciones y conocer detalles noticiosos en tiempo real utilizando las redes sociales⁴⁵⁸.

Las redes sociales también son utilizadas para intercambiar datos, fotos, noticias, contactos en los ámbitos sociales, profesionales y deportivos en todas las edades y ocupaciones. El uso debido y el uso indebido de estos datos permitirán visualizar la necesidad de estudiar jurídicamente sus implicancias jurídicas y plantear sus soluciones en forma adecuada.

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

⁴⁵⁷ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique: “Manual de Informática y Derecho” Editorial Ariel S.A.. Barcelona, España. 1996. Página 18.

⁴⁵⁸ Conforme la declaración de Gabriel Castro, periodista de América Televisión: “Este Mundial va a ser totalmente diferente. El facebook y el Twitter no sólo hará que este Mundial se llene de comentarios o de enlaces virtuales de fans, sino lo más importante periodísticamente hablando, es que nos meteremos en las concentraciones en Iso camerines y sabremos que se siente...después de haber marcado un gol o después de una lesión..” En Café Recargado. Primera Revista de Marcas, Publicidad y Tendencias. Año 2. N°8, Mayo 2010. Lima, Perú. Página 1.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

garantizar al usuario alguna contraprestación por parte de la empresa organizadora de la red"⁴⁵⁹.

Una red social que responde a la pregunta ¿qué estoy haciendo? y que permite el envío de caracteres en línea se ha convertido en plataformas rentables para la publicidad de empresas. Esto se explica en una sociedad en donde el tiempo es cada vez más valorado y donde la mayoría de personas estamos la gran parte del día "on line", la comunicación se realiza virtualmente y cada vez más el ciudadano se acostumbra a esta forma de interrelación digital.

"Por el desarrollo tecnológico sucedido en los últimos años a nadie le puede extrañar que en la actualidad sea posible el funcionamiento de la sociedad en red, también denominada sociedad omnipresente"⁴⁶⁰. Es decir el funcionamiento de una sociedad en la que se puede realizar actividades concretas, con obtención instantánea de efectos jurídicos y económicos para las mismas, desde cualquier lugar (el de residencia habitual u otro), siempre que se cuente con una conexión TIC.

Así es: la realización de actividades a distancia como compraventas de productos, obtención de servicios públicos (certificados, cobro de pensiones), satisfacción de obligaciones como personas y ciudadanos (pago de tributos), transacciones económicas, transacciones bancarias, trabajo desde casa o a distancia, aprendizaje, visionado de películas, visionado de televisión, consulta de documentación, uso de medios audiovisuales, realización de juegos... son posibles, teniendo los correspondientes efectos, siempre que se cuente con herramientas TIC y mecanismos que permitan, especialmente, como hemos visto en el apartado anterior, la identificación fiable de quienes las realizan.

Por lo mismo también es posible, utilizando idénticos recursos, la realización a distancia de actividades propias de profesionales del Derecho: envío y recepción de notificaciones, transmisión de documentos, grabación en video y audio de procesos judiciales, realización de testificaciones, presentación de informes de peritos, interrogatorios a testigos y acusados, declaraciones de las partes en un proceso...

Ha de tenerse en cuenta, además, que ello es propiciado por el hecho de que desde una perspectiva política, vivimos hoy en la sociedad de la gobernanza, expresión en la que se resume la puesta en práctica por las instituciones públicas del ideal de eficiencia y sus reglas, ya probadas en el ámbito privado: en la gestión de empresas, en la gestión administrativa, y que estas reglas se van convirtiendo progresivamente en reglas de acción propias de la Administración Pública o de la Administración de Justicia, en convivencia con otros principios jurídicos de acción como son los de participación y legalidad propios del Estado de Derecho"⁴⁶¹.

Todo lo cual significa que han venido a introducirse en el ámbito jurídico pautas de acción que no son las que lo regían hasta hace poco. Especialmente ha cobrado trascendencia el uso de las técnicas de gestión desarrolladas en el ámbito empresarial, a diferencia del pasado en el que la

⁴⁵⁹ <http://shadowsecurity.info/3804/redes-sociales-y-derecho.html> : Fecha de Consulta: Lunes 19 de Abril de 2010.

⁴⁶⁰ "Sociedad omnipresente" o "Ubiquitous society" es una expresión habitual en los países del Norte de Europa: Aarnio, R., 'Data protection here and now' en Saarenpää, A., (ed.) Legal privacy. LEFIS Series, vol. 5, Zaragoza, Prensas Universitarias, 2008

⁴⁶¹ Galindo, F., 'Justicia, gobernanza y legalidad' en Seqüència, vol 17, 2007

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

gestión de carácter administrativo o judicial estaba ordenada, básicamente, por la aplicación del principio de legalidad⁴⁶².

3. LAS REDES SOCIALES Y EL PROYECTO DE LEY DE DATOS PERSONALES PERUANO

El Poder Ejecutivo Peruano el 09 de Junio de 2010, de conformidad con el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, ha presentado al Congreso de la República el Proyecto de Ley de Datos Personales⁴⁶³ con carácter de urgencia. Actualmente al mes de Octubre de 2010, este proyecto está en la Comisión de Justicia del Congreso Peruano y confiamos que pronto se convierta en Ley.

El Proyecto establece que "tiene por objeto garantizar el derecho fundamental de la Protección de datos personales... a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto a los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen, particularmente los derechos al honor, buena reputación, intimidad, voz e imagen propias"

Con el uso de la redes sociales como Facebook datos e imágenes personales son colocados en línea y son compartidas las actualizaciones, las fotos e información colocada en forma constante. Si las medidas de seguridad son vulneradas podría divulgarse en forma no autorizada la información contenida, vulnerándose derechos a la persona como la intimidad, el honor, la buena reputación, imagen y voz propias. Si bien la Constitución Política del Perú, en el artículo 2º inciso 6 de la Constitución establece que: "toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar" y que el artículo 200 contempla la Acción de Hábeas Data que después regulada por el Código Procesal Constitucional como Proceso de Hábeas Data, estas normas se aplican en el ámbito constitucional. Por otra parte, está tipificado el delito de violación de la intimidad en el Código Penal Peruano, regulándose el ámbito penal y en el ámbito civil se contempla la indemnización por daño moral; es en el ámbito administrativo con la designación de una Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales que sería la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia y la dación de una norma de protección de datos personales que se cubriría en forma coherente un ámbito que debe ser suficientemente legislado para permitir que los compromisos del Perú en el marco del APEC y de Iso Tratados de Libre Comercio suscrito se cumplan en el ámbito de privacidad.

En el Proyecto se define como tratamiento de datos personales: "cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de datos personales". Dentro de esta definición, consideramos podemos ubicar al tratamiento que se dan en las redes sociales a los datos personales. En las Redes Sociales con LinkedIn o Facebook los datos personales son recopilados, registrados, utilizados, elaborados de distintas formas en el marco de los términos y condiciones contractuales aceptados por el usuario.

⁴⁶² GALINDO AYUDA, Fernando: "Derecho e Internet". Ponencia del XIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Universidad de Lima. Noviembre de 2009.

⁴⁶³ Proyecto de Ley 4019/2009-PE presentado al Congreso de la República por el Poder Ejecutivo el 9 de Junio de 2010.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

En el Proyecto, en comentario, se señala que el principio de finalidad consiste en: "que los datos personales deberán ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no deberá extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de la recopilación, excluyendo los casos de actividades de valor histórico, estadístico o científico cuando se utilice un procedimiento de disociación o anonimización". En el caso de las redes sociales la finalidad puede ser social, profesional, laboral, de entretenimiento u otra, pero muchas veces es proporcionada por menores de edad que no están concientes de los riesgos de compartir información sin poner restricciones o filtros. Si bien las redes sociales generalmente permiten definir estas restricciones, consideramos que falta orientación y educación para que los usuarios sean conscientes de la importancia de ejercer este principio de finalidad.

Por principio de proporcionalidad se entiende: "todo tratamiento de datos personales deberá ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que hubiesen sido recopilados". Los datos adecuados, relevantes y no excesivos pueden ser compartidos en un ámbito amigal o familiar, pero cuando ya excede este ámbito estos datos pueden convertirse en inadecuados o excesivos cuando se utilizan para otros ámbitos para los cuales se proporcionó. Por ejemplo en el Perú, los medios de comunicación han utilizado fotos publicadas en facebook para un medio familiar para documentar noticias en el ámbito político, policial y hasta judicial.

Por principio de calidad "los datos personales que vayan a ser tratados deberán ser veraces, exactos y en la medida de lo posible actualizados, necesarios, pertinentes y adecuados con la finalidad para la que fueron recopilados. Deberán conservarse de forma tal que se garantice su seguridad y sólo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad de tratamiento". En las redes sociales se piden datos personales, que muchas veces no son verificados en su veracidad y autenticidad, datos como fecha y año de nacimiento muchas veces son colocados en forma falsa por menores de edad o por personas que deciden ocultar sus datos verdaderos.

En el Proyecto también se afirma que: "no se requerirá el consentimiento del titular de datos personales para efecto de su tratamiento, en los siguientes casos: -cuando los datos personales sean necesarios para la ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte. - cuando se hubiera aplicado un procedimiento de anonimización o disociación". Trátándose de redes sociales los términos y condiciones contractuales en contratos de adhesión muchas veces determinan usos de datos e información expresa, porque se aduce que son necesarios para la ejecución de una relación contractual.

Con respecto al derecho de información se afirma que: " El titular de los datos personales tiene derecho a ser informado en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, sobre la finalidad para la que sus datos personales serán tratados: quienes serán o podrán ser sus destinatarios, la existencia del banco de datos en que se almacenarán, así como la identidad y domicilio de su titular y de ser el caso, del encargado del tratamiento de sus datos personales; el carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuánto a los datos sensibles; la transferencia de datos personales; la consecuencia de proporcionar sus datos personales y su negativa a hacerlo; el tiempo durante el cual conservarán sus datos personales; y, la posibilidad de ejercer los derechos que la ley le concede". En Las Redes Sociales este derecho debe ser ejercido por todo usuario, sin embargo muchos usuarios no conscientes de todas las implicancias jurídicas y variedades de tratamiento que origina la publicación en red de su información personal. Consideramos que debiera informarse en forma más completa al usuario, sobre todo si es menor de edad.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

4. LAS REDES SOCIALES Y EL CODIGO DE PROTECCION Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR PERUANO

Por Ley 29571 publicada el día 02 de Setiembre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano, se ha promulgado el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Este Código consta de 160 artículos y disposiciones complementarias finales y entra en vigencia a los 30 días calendarios siguientes contados a partir del día siguiente de su publicación (es decir el 03 de octubre de 2010).

Las normas de protección al consumidor son aplicables cuando hay una relación de consumo, que implica una contraprestación económica. En las relaciones que se originen en Redes Sociales que generen una relación de consumo, nuestro entender puede aplicarse el Código en Comentario.

El Código tiene la finalidad de que "los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses". En las Redes Sociales se da en muchos casos relaciones de consumo donde los derechos y mecanismos de protección deben aplicarse a los usuarios como destinatarios finales de una relación contractual donde hay asimetría informativa. Querer darle equiparidad a las partes desconocería el hecho que en los contratos de adhesión se evidencia la asimetría informativa, por lo que somos de la opinión que en varios de los servicios que se prestan en una red social puede configurarse una relación de consumo o una etapa preliminar a ésta.

Como ámbito de aplicación, hay que tener en cuenta que: "El Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta". En las Redes Sociales por más que son gratuitas en determinadas fases contractuales se dan relaciones de consumo o etapas preliminares a éstas. Hay que tener en cuenta además que "las disposiciones de este Código se aplican a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste", en este sentido en las redes sociales que funcionan en Internet los efectos que se produzcan en el país permite una aplicación de la norma jurídica peruana de consumo a esta relación jurídica. Podría plantearse la observancia de las normas contractuales per sé, si embargo este cuerpo de leyes permite aplicación de las normas consumo a relaciones pactadas en Internet que sus efectos jurídicos se dan en el país.

En el artículo 49 se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: "En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos"

En las redes sociales en los contratos de adhesión que los respaldan pueden adoptarse cláusulas abusivas para el ordenamiento jurídico peruano, en este caso la inexigibilidad de las estipulaciones no negociadas individualmente permite corregir inequidades contractuales.

Asimismo, se señala que: "Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa".

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

En las Redes Sociales es necesario evaluar la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas y su ineficacia absoluta. En este sentido, conforme el artículo 50 son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta, entre otras, las siguientes:

a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.

b. Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.

c. Las que faculten al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.

En los contratos que sustentan las redes sociales se tiende a establecer cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad o permiten la resolución unilateral, pudiéndose encuadrar en los supuestos de ineficacia absoluta en territorio nacional.

5. PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL USO DE MEDIOS INFORMATICOS PARA LA COMUNICACIÓN EN EL CENTRO DE TRABAJO Y LAS REDES SOCIALES

El Proyecto de Ley 4345/2010-PE que regula el uso de medios informáticos para la comunicación en el Centro de Trabajo, ha sido presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República del Perú el 05 de Octubre de 2010. Este Proyecto, entre otros puntos contiene los siguientes:

a) La finalidad es regular el uso de medios informáticos para la comunicación en el Centro de Trabajo para garantizar su adecuada y eficiente utilización por parte de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública y privada, así como establecer los límites y condiciones en el ejercicio de las facultades de control, fiscalización y sanción sobre dichos medios por parte del empleador, al amparo del poder de dirección.

b) Se entiende por medio informático para la comunicación en el Centro de Trabajo, a los instrumentos o herramientas de comunicación provistas por el empleador a sus trabajadores, mediante los cuales se le brindan facilidades técnicas orientadas a coadyuvar al eficiente desempeño de sus labores; entre los que se encuentran el acceso a los servicios de Redes Sociales para compartir información o establecer contacto con clientes o usuarios a través de redes de acceso público gratuito.

c) Las políticas de uso deberán ser incorporadas en el Reglamento Interno de Trabajo y entregadas al trabajador de manera previa a la asignación de dichos recursos informáticos.

d) El empleador que no cuente con políticas de uso de medios informáticos o no logre acreditar su recepción por parte del trabajador, se entenderá que el uso de los referidos medios tiene carácter ilimitado.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Estas disposiciones propuestas en el ámbito laboral tienen creciente importancia. Hay que tener presente que la mención de las redes sociales permite afirmar que estos medios también pueden ser utilizados en el desempeño de las actividades empresariales.

6 CONCLUSIONES

Las Redes Sociales en Internet deben ser reguladas adecuadamente por el ordenamiento jurídico de cada país teniendo en cuenta las normas vigentes que tengan relación con las problemática jurídica originada por las redes sociales y sus efectos en derechos reconocidos constitucionalmente y en ordenamientos jurídicos como el aplicable a la protección de datos personales, a la protección y defensa del consumidor y a la regulación de las cláusulas abusivas contractuales.

En el ámbito laboral en caso que no se incluyan las políticas de uso de las redes sociales en el Reglamento Interno de Trabajo, se presume que su uso tiene carácter ilimitado. Sin embargo, en ningún caso este carácter ilimitado supone un uso irracional o desproporcionado de los medios informáticos asignados al trabajador sino más bien que su utilización principalmente debe destinarse a facilitar el mejor desempeño de sus funciones.

Hay otros temas jurídicos informáticos que pueden aplicarse a las redes sociales, como por ejemplo los delitos informáticos, sin embargo los señalados son los que consideramos necesarios resaltar en esta ponencia en el marco del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática a realizarse en Monterrey, México y es en este sentido que realizamos este aporte.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Café Recargado. Primera Revista de Marcas, Publicidad y Tendencias. Año 2. N°8, Mayo 2010. Lima, Perú.
- NUÑEZ PONCE, Julio: "Derecho de Negocios Electrónicos en Internet". En Libro Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima por sus XXV años. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. 2006. Lima, Perú.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique: "Manual de Informática y Derecho" Editorial Ariel S.A.. Barcelona, España. 1996.
- Proyecto de Ley 4019/2009-PE presentado al Congreso de la República por el Poder Ejecutivo el 9 de Junio de 2010.
- Proyecto de Ley 4345/2010-PE que regula el uso de medios informáticos para la comunicación en el Centro de Trabajo, ha sido presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República del Perú el 05 de Octubre de 2010