



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DE LAS
REDES SOCIALES CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS
DERECHOS PERSONALES A LA PROPIA IMAGEN.
PERSPECTIVA COMPARADA DEL DERECHO DE EEUU
Y DE ESPAÑA**

Autor: Antón Zamorano Boedo

4º E-1

Derecho Civil

Tutor: Ignacio Temiño Ceniceros

Madrid

Abril 2019

RESUMEN

Internet (*Internacional Network of Computers*), también conocida como “red de redes”, es un medio universal en donde no existen fronteras y que resulta sumamente complejo regular jurídicamente. Internet dio lugar a la aparición de las redes sociales que, si bien reportan múltiples beneficios para sus usuarios, también resultan una amenaza a derechos fundamentales de la personalidad, tales como el derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen.

El derecho a la propia imagen es un derecho protegido por nuestra Constitución, que se desarrolló a través de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen, que se dictó cuando aún no existía internet, ni redes sociales. Con posterioridad, por parte del legislador español ha ido dictando normas con la finalidad de proporcionar mecanismos de mayor protección para la tutela del derecho a la propia imagen ante los infinitos desafíos que la constante innovación tecnológica nos presenta. Al mismo tiempo la jurisprudencia ha ido también evolucionando y adaptando su doctrina a estos nuevos condicionantes.

El derecho a la propia imagen es un derecho universal y por tanto también lo ostentan los ciudadanos de Estados Unidos de América y, aunque no está expresamente reconocido en su Constitución, sí tiene un antiguo y amplio reconocimiento jurisprudencial.

Son notorias las diferencias entre ambos sistemas jurídicos – *civil law* y *commom law* -, uno basado fundamentalmente en la legislación positiva y el otro en la auto regulación contralada por los tribunales a través de su jurisprudencia. Pero analizando las sentencias dictadas bajo cada uno de esos diferentes sistemas jurídicos, veremos que los problemas son comunes como consecuencia que se trata de un derecho universal y las redes sociales también son universales.

ABSTRACT

Internet (International Network of Computers), known as well as “network of networks” is a means of communication where there are no borders and it is extremely difficult to regulate. The Internet gave rise to the emerge of social networks, that, although they report multiple benefits for their users, also are a threat to fundamental personality rights, such as the right to privacy, honor or self-image.

The right to self-image is a right protected by our Constitution, which was developed through the Organic Law 1/1982 of May 5, protecting the right to honor, privacy and self-image. This law was issued when there was no Internet or social networks. Subsequently, the Spanish legislator has been dictating rules in order to provide mechanisms to achieve a greater protection to the right to self-image. At the same time, jurisprudence has also been evolving and adapting its doctrine to these new conditions.

The right to self-image is a universal right and therefore also held by citizens of the United States of America and, although it is not expressly recognized in their Constitution, it has an ancient and broad jurisprudential recognition.

The differences between both legal systems - civil law and common law - are well known, the first one is fundamentally based on positive legislation and the other one is based on self-regulation, which is contrasted by the courts through its jurisprudence. But analyzing the decisions handed down under each of these different legal systems, we will see that the problems are common as a consequence that it is a universal right and social networks are also universal.

PALABRAS CLAVE: redes sociales, derechos de la personalidad, derecho a la propia imagen, contrato de adhesión, condiciones generales de contratación, privacidad, responsabilidad intermedia.

Social networks, personality rights, right to self-image, membership contract, general contracting conditions, privacy, intermediary liability

ABREVIATURAS:

COPPA: *Children's Online Privacy Protection Act*

CDA: *Communications Decency Act*

CP: Código Penal

DRAE: Diccionario de la Real Academia Española

EEUU: Estados Unidos

FTC: *Federal Trade Commission*

LO: Ley Orgánica

LOPDGDD: Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales

LSSICE : Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico

RDLeg: Real Decreto Legislativo

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LAS REDES SOCIALES	9
2.1. Aparición y uso actual de las principales redes sociales.....	9
2.2. Problemas surgidos a raíz de su utilización.....	10
2.3. Aspectos penales del derecho a la propia imagen.....	11
3. DERECHOS DE LA PERSONA. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN	13
3.1. En general	13
3.2. El Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen antes de la Constitución Española de 1.978	13
3.3. El Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen en la Constitución Española de 1.978.....	14
4. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LOS CONTRATOS DE REDES SOCIALES	17
4.1. En general, los contratos de adhesión.....	17
4.2. La legislación protectora de los consumidores en España.....	17
4.3. Derecho a la propia imagen, contratos de adhesión y condiciones generales. Primeras conclusiones.....	22
5. TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LAS PRINCIPALES REDES SOCIALES EN ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS.....	25
5.1. Introducción.....	25
5.2. Cláusulas de los contratos de adhesión que afectan al derecho a la propia imagen.....	26
6. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ACERCA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.....	32
7. DERECHOS DE LA PERSONA. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN EN ESTADOS UNIDOS	38
7.1. Common Law	38
7.2. Derechos de la Personalidad en Estados Unidos.....	41
7.3. Derechos de la personalidad en Estados Unidos y su relación con las redes sociales	44
7.3.1. “ <i>Intermediary Liability</i> ” o “ <i>Responsabilidad Intermedia</i> ”.....	45
7.3.2. <i>Privacy Online</i>	46
8. CONCLUSIONES.....	52

1. INTRODUCCIÓN

Internet ha transformado el mundo. No solo la forma de comunicarnos sino también el comercio mundial, la industria, el ejercicio de la abogacía; estamos ante una nueva revolución industrial, que ha transformado el mundo en una aldea global o plaza pública y que supone una amenaza al derecho a la propia imagen.

Las redes sociales que operan por internet, lo hacen también en todo el mundo, por lo que en el momento que un usuario contrata con una red social, introduce datos, informaciones o imágenes, éstas se difunden en el mundo entero, su información es accesible para millones de usuarios, por lo que parece absurdo o, cuanto menos difícil de entender conceptos jurídicos como jurisdicción, competencia o qué las normas de un determinado país puedan ser aplicables a internet. El usuario de la red no es un sujeto pasivo, sino activo, es generador de contenidos, pero que gran medida pierde el control de la información.

En el pasado podíamos pensar que cada sistema jurídico nacional podía regular todo con autonomía en el ejercicio de su soberanía, pero esta pretensión deja de tener sentido. Hoy en día, y más en la materia que vamos a estudiar, estamos ante un derecho internacionalizado y transaccional. O todas las naciones del mundo o por lo menos los grandes bloques – Estados Unidos de América (en adelante EEUU), China, Unión Europea – toman conciencia de que se tienen que poner de acuerdo y regular este fenómeno de forma coordinada o la “aldea global” se convertirá en la “ciudad sin ley”, en el “far west”.

Este trabajo no pretende ser tan ambicioso. Se limitará a analizar la legislación y jurisprudencia – en sentido continental – de España y EEUU. Este contenido se estructura en siete capítulos.

En el capítulo segundo se analizarán las redes sociales en general, los problemas más comunes que se han generado con su utilización por la generalidad de las personas en el mundo y la derivación penal de su mal uso.

En el tercer capítulo se estudiará qué se entiende por el derecho a la propia imagen, su evolución en España (pre y post Constitución de 1.978), la ley orgánica (en adelante LO) que lo desarrolla, sus principios fundamentales y la interpretación que dio nuestro Tribunal Constitucional a este derecho fundamental.

En el capítulo cuarto, además de conceptualizar lo que debemos entender por contratos de adhesión, se exponen las distintas leyes que en materia de contratación

privada pueden ser aplicables, tales como las leyes protectoras de los consumidores, de condiciones generales de contratación, comercio electrónico o protección de datos de carácter personal.

En el capítulo quinto se especifican las diferentes cláusulas de los contratos de adhesión de dos redes sociales que hemos tomado como modelo: “Instagram” y “Twitter” y que pueden tener relación con el derecho a la propia imagen.

En el siguiente capítulo se pasan a estudiar las principales sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales referidas al derecho a la propia imagen y las redes sociales de internet.

En el capítulo séptimo se expondrá, después de analizar en qué consiste el “common law”, la escasa legislación que existe en EEUU acerca del derecho a la intimidad y la casi inexistente en relación con contratos de adhesión, así como la más importante jurisprudencia acerca de esta materia.

Finalmente, en el último capítulo se exponen unas breves conclusiones en las que se resaltan las diferencias y semejanzas entre ambos sistemas jurídicos y unas, tenemos que reconocer, atrevidas recomendaciones para aproximar ambos sistemas y dotar de una mejor protección a los ciudadanos mundiales.

2. LAS REDES SOCIALES

2.1. Aparición y uso actual de las principales redes sociales

Las redes sociales son un fenómeno que ha cambiado de manera radical la forma en la que las personas interactúan unas con otras. En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española¹ (en adelante “DRAE”) define “red social” como “plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios”. Y de forma aún más precisa se puede definir ²: “Servicios prestados a través de internet que permiten a los usuarios generar un perfil público en el que plasmar datos personales e información de uno mismo disponiendo de herramientas que permitan interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado”

Esta idea de plataforma virtual nace a principios de este siglo. La primera red que por su general conocimiento y extensión territorial podemos considerar como pionera fue la red social Facebook, creada en 2004 por un estudiante de la Universidad de Harvard. El objetivo inicial de esta red social era mantener el contacto entre gente de dicha universidad, pero al poco tiempo su popularidad creció de tal manera que pasó a ser conocida y usada en el mundo entero.

Otra de las primeras fue Twitter, creada en 2006. Esta red social está mucho más relacionada con el flujo de información y la opinión de cada usuario. Permite publicar textos medianamente cortos (280 caracteres), que son popularmente conocidos como “*tuits*” y que aparecen en la página principal del usuario que los publica. Cada individuo suscrito a esta red puede elegir “*seguir*” a otros usuarios y de esta manera ver el contenido de sus publicaciones que pueden ir asociadas a imágenes.

Instagram es la segunda red social más usada del mundo. Es una red social mucho más enfocada a la fotografía, en la que cada usuario cuelga fotos o videos (normalmente suyos) en su perfil añadiéndoles un título. También tiene otra función llamada “*stories*” o “*historias de Instagram*”, que son fotos o videos que desaparecen a las 24 horas de su publicación y sirve principalmente para contar o enseñar a tus seguidores lo que estás haciendo en ese momento, dejando de lado la faceta más artística e histórica que es más común a la hora de “subir” fotografías. A día de hoy

¹ die.rae.es

² INTECO Agencia de Protección de Datos. Estudios sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line. Febrero 2009; pg. 7. www.inteco.es/file/vuiNP2GN2NuMinjvyZnPW2w).

Instagram es titularidad de Facebook que la adquirió en el año 2012 por mil millones de dólares.

En este trabajo analizaremos los contratos de adhesión de las redes sociales con especial atención al derecho fundamental a la propia imagen, comparando la perspectiva del derecho en España y EEUU, para ello usaremos como ejemplo Twitter e Instagram ya que son las redes a las que personalmente estoy suscrito y soy usuario activo de ellas.

2.2. Problemas surgidos a raíz de su utilización

Dejando de lado los muchos aspectos positivos (comunicarse, relacionarse, compartir ideas, conocimientos e incluso favorecer las actividades económicas) que nos ofrecen estas plataformas, se han de comentar los múltiples riesgos que tienen, que se ven agravados por la utilización de forma habitual de estas redes por los menores edad.

Lo que en un principio parecían ser una nueva forma de comunicación entre personas que facilitaban las relaciones interpersonales y el intercambio de información, en los que los usuarios eran los clientes y las redes sociales los proveedores de servicios, han pasado a ser lo que Shoshana Zuboff³ ha llamado “el capitalismo de vigilancia” en el que las redes sociales se basan en el expolio de la naturaleza íntima de las personas, de forma “que si no le ponemos freno, acabará por destruir la naturaleza íntima de las personas”. Hoy en día las redes sociales se han convertido en un gran negocio para las empresas que las gestionan, ya que los datos que introducen los usuarios, los analizan y transforman para obtener información de cómo se comportarán en el futuro: qué votarán en las elecciones, cuáles son sus gustos o aficiones o qué programas de la televisión les van a interesar, para una vez agrupados y seleccionados venderlos a cambio de un precio a terceras empresas.

Resulta llamativo que se cumpla lo que, ya en 1932, Aldous Leonard Huxley, predijo en su obra “Un mundo feliz”: “En el campo de las comunicaciones en masa, como en casi otro campo de actividad, el progreso tecnológico ha perjudicado al hombre modesto y ha favorecido al hombre poderoso”.

El abuso de las redes sociales puede ocasionar otros riesgos que podemos considerar más inmediatos o apreciables de forma más fácil por los usuarios como el *ciberbulling*, que consiste en el acoso a una persona mediante estas plataformas con el

³ Shoshana Zuboff (2018) “La era del capitalismo de vigilancia. La lucha por un futuro humano en la nueva frontera del poder”; Comentario a la obra obtenida de “Le Monde Diplomatique”, Enero – Febrero 2019; también en “El Salto” de Uvegeny Morozov

objetivo de amenazarla, minusvalorarla o ridiculizarla, llegando a utilizar las propias imágenes o comentarios que “subió” a la red, incluso manipulándolos. Dicha práctica es más común en los menores de edad, pero realmente afecta a gente de todas las edades. En menores de edad se suele dar más por medio de WhatsApp o Instagram, pero en el caso de adultos también puede darse a través de Twitter, sobre todo en caso de que esta persona sea una figura pública. Cada vez nos encontramos más denuncias por *ciberbullying* desde que las redes sociales entraron en escena.

Por último, las conocidas *fake news* también suponen un riesgo relacionado con las redes sociales. Su fin es intoxicar y manipular la opinión pública y encuentran en las redes sociales el medio perfecto para su propagación bajo el anonimato, siendo Twitter o Facebook las principales redes sociales usadas para esta práctica.

En este trabajo nos centraremos en los derechos personales y en especial en el derecho a la propia imagen reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española de 1978.

2.3. Aspectos penales del derecho a la propia imagen

Aunque no es el objeto principal de este trabajo, es necesario ocuparse brevemente de lo que sería el supuesto más grave de infracción del derecho a la propia imagen: la suplantación de identidad en redes sociales, que consiste en la apertura de un perfil falso en una red social con el fin de hacerse pasar por otra persona y ocultar la identidad real del usuario. Dicho acto pudiera incluso ser constitutivo de delito siempre y cuando la acción sea completa, continuada en el tiempo y se realicen acciones como si del usurpado se tratase. En principio, y si nos atenemos a lo establecido en el Código Penal, abrir un perfil ficticio (con datos falsos) en cualquier red social no tiene porque considerarse delictivo, ya que tal acción no implica necesariamente la existencia de una usurpación del estado civil, que es lo que realmente castiga el artículo 401 del Código Penal (en adelante CP), el cual establece: “El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”.

Se deben distinguir dos conceptos similares relacionados con esta práctica, los cuales tienen distintas consecuencias jurídicas: suplantación y usurpación de identidad. La primera acción se vincula, por ejemplo, con la apertura de un perfil falso en redes sociales con el fin de enmascarar la identidad real. Existe una sustracción de derechos del suplantado, pero el usurpador no ha empezado a actuar como si del usurpado se tratase. En la segunda existe apropiación de la identidad de la otra persona y el usuario

ya realiza actos fingiendo ser éste. Se debe mencionar que la usurpación de la identidad realizada sin malicia, con el único propósito de gastar una broma, no exime de responsabilidad a la persona que lleva a cabo la acción.

El delito de usurpación de estado civil también puede ir acompañado de otros como por ejemplo el “*hacking*”, que es un delito regulado en los arts. 197 y siguientes CP, contra el derecho a la privacidad y cuya conducta típica es la revelación de secretos, modificado en su reciente reforma del año 2015⁴. Otro sería el “*cracking*” que está relacionado con el apoderamiento de claves y contraseñas para provocar bloqueos, colapsos o algún tipo de daño en el sistema informático de la víctima (artículo 264 CP).

Una cuestión controvertida es la de la usurpación de personalidad, que debe ser completa para que se considere delito. Es decir, no cabría el mismo con la mera suplantación de la edad o del nombre de pila. Lo que parece evidente es que el usurpador comete delito si hace uso de “los derechos y obligaciones que sólo le corresponderían al usurpado”, tal y como han establecido reiteradas sentencias, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 14 de octubre de 2011⁵.

En cuanto al problema del uso indebido de imágenes en redes sociales se debe aclarar que es un problema con múltiples vertientes, incluida la penal, por la divulgación de fotografías o videos por redes sociales sin consentimiento como, por ejemplo, imágenes íntimas o de carácter sexual. El legislador, tras varios casos muy graves que no tuvieron la correspondiente sanción penal por falta de tipificación, ha incluido esta clase de delito en la citada reforma del Código Penal del año 2015.

⁴ Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de 2015 por la que se reforma el Código Penal (BOE 31 de marzo 2015)

⁵ Sentencia nº 1045/2011 de 14 de octubre de la sala de lo penal del TS. Aranzadi, RJ 2011/7488.

3. DERECHOS DE LA PERSONA. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

3.1. En general

Los derechos de la personalidad se han definido por el Profesor De Castro (citado por Castán)⁶ como los derechos “que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de la personalidad y sus más importantes cualidades”.

Según el DRAE, la intimidad “es la zona espiritual e íntima de una persona o grupo, especialmente de una familia” y el derecho a la intimidad es el que prohíbe las injerencias por parte de terceros en la vida privada de una persona o, en palabras de O`Callaghan (1992)⁷ : “El poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal o familiar, poder que permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle publicidad que no desee el interesado”

El derecho a la propia imagen que, en un principio, se entendió, como un subtipo o parte del derecho a la intimidad, se refiere a la imagen visual en sus más amplias manifestaciones o por cualquier mecanismo, fotografía, video, etc. Hoy en día como veremos se entiende que es un derecho autónomo.

3.2. El Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen antes de la Constitución Española de 1.978

El Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen se puede encuadrar dentro de la parte del Derecho Civil referida a los Derechos de la Persona.

Remotamente los Derechos de la Persona eran regulados bien a través del Código Penal, bien en relación con los derechos políticos como puede ser la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” de la Revolución Francesa o la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948.

⁶ Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo 1, Volumen II, Edit. Reus, 1987, p. 355.

⁷ O`Callaghan, *Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen*, Vol. I, Madrid 1992, Ministerio de Justicia).

El Código Civil no se ocupa directamente de estos Derechos de la Persona y el primer pronunciamiento judicial lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912⁸ que dice:

“el Tribunal encuentra el fundamento de su decisión en los “principios jurídicos (art. 6), especialmente en aquel que advierte de la existencia de “bienes sociales”, de aquellos que atañen “la dignidad personal, familiar y social”, cuya aplicación ha sido tradicional en España, cuya indemnización ha de ser “enmienda en pecho de dineros (Las Partidas 7, 9, 21); indemnización pecuniaria, se añade, que, aunque insuficiente, “es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales”

Como antecedentes legislativos a nuestra Constitución tenemos la Ley 61/1964 de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Publicidad⁹ que ya en su Exposición de Motivos refería que la Ley pretendía el “respeto ... a los derechos de la persona” y en su artículo 7º, como principios generales, establecía que “no será lícita la publicidad que por su fin, por su objeto o por su forma ... lesione los derechos de la personalidad ...”. También en la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta¹⁰ en su artículo 2º decía que “la libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones...no tendrán más limitaciones que la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar”. Por último, el Decreto 744/1967, de 13 de abril¹¹ por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de la Profesión Periodística se impone, en el punto 4º de los Principios generales de la profesión periodística, “el más estricto respeto a la dignidad, la intimidad, el honor, la fama y la reputación de las personas”.

3.3. El Derecho a la Intimidad y a la Propia Imagen en la Constitución Española de 1.978.

El artículo 10.1 de la Constitución Española establece: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Y el artículo 18.1: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

⁸ de Castro y Bravo, Federico: “Derecho Civil de España”, Tomo II, Editorial Thomson – Civitas; Temas de Derecho Civil, “Derecho de la Persona”, Parte Primera, “La persona y su estado civil”, pg.9; Tomo II.

⁹ Estatuto de Publicidad (BOE, Núm. 143, de 15 de junio de 1964, páginas 7804 a 7808).

¹⁰ Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta (BOE Núm. 67, de 19/03/1966).

¹¹ Decreto 744/1967, de 13 de abril (BOE Núm. 90, de 15/04/1967).

Asimismo, el artículo 20.4 de la Constitución establece que la libertad de información por cualquier medio de difusión tiene su límite “especialmente en el respecto a los derechos al honor, a la intimidad ...”.

El derecho a la propia imagen es un derecho autónomo e independiente al derecho a la intimidad tal como ha declarado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, como en la Sentencia del TS de 15 de febrero de 2017:¹²

2. La circunstancia, alegada por la recurrente, de que la fotografía publicada en el diario no capte la imagen del recurrente en una actividad de su vida privada no excluye la existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen. El Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 139/2001, de 18 de junio, caracterizó el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo de los demás derechos de la personalidad, y en concreto, del derecho a la intimidad.

La Ley Orgánica que desarrolla el derecho a la propia imagen es la Ley Orgánica 1/1982¹³ (en adelante LO 1/1982), de la que conviene destacar para el objeto del presente trabajo:

- El derecho a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible, siendo nula su renuncia (Art. 1.3), salvo consentimiento expreso de su titular (Art. 2.2).
- La protección civil del derecho a la propia imagen quedará delimitada por los usos sociales, por las leyes y a los propios actos que cada persona haya reservados para sí o su familia hacia terceros (Art. 2.1).
- El ejercicio de acciones de protección civil del derecho a la propia imagen de una persona fallecida corresponde a quien éste haya designado en su testamento, no existiendo éste, sus familiares directos y a falta de éstos, el Ministerio Fiscal (Art. 4).
- Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas el emplazamiento en cualquier lugar de filmación o de dispositivos ópticos o de cualquier medio apto para reproducir la vida íntima de las personas (Art. 7.1), así como la publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada (Art. 7.5) o no siendo momentos de su vida privada cuando se realice para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (Art. 7.6).

En particular, la referencia a que consentimiento expreso no se refiere a escrito y puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas, pero no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada caso concreto de intromisión, de lo que se derivan las siguientes consecuencias¹⁴:

- i) La autorización para captar una imagen no significa autorización para publicarla; ii) El hecho de que la fotografía proceda de una agencia no exime al medio que la publique de la obligación de cerciorarse de si existe autorización del titular; iii) La autorización para que la

¹² Sentencia 91/2017; Rec 3361/2015; La ley 3164/2017

¹³ Ley orgánica 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 115, 14 de mayo de 1982)

¹⁴ de Verda y Beamonte. J.R y Soriano Martínez, E.: “El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”; *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Editorial Aranzadi, número 9, p. 69.

imagen se publique en un concreto medio no implica autorización para que se publique en otro distinto; iv) No cabe extender la autorización dada para publicar una imagen con una finalidad determinada a otra distinta.

En cuanto al consentimiento para difundir la propia imagen la doctrina opina que “mediando consentimiento, quien lo dio no podrá luego reclamar una intromisión en el derecho de propia imagen, salvo que la imagen se utilice para fines distintos a los que se prestó el consentimiento”¹⁵; criterio ya fijado por nuestro Tribunal Constitucional¹⁶ cuando afirma “la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia – y previa – conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentre justifiquen el descenso de las barreras de reserva y para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél”.

Otra cuestión que debemos analizar son las imágenes en las que aparece un grupo de personas y una de ellas “*sube*” a una red social esa fotografía o vídeo. ¿Es necesario el consentimiento de todas las personas que aparecen en esa imagen?, ¿Podría entenderse que un comportamiento continuado de permitir esas imágenes es tanto como una autorización?, ¿La subida de imágenes de grupo a una red se puede entender hoy en día un uso social? Escribano Tortajada entiende que la publicación de imágenes propias y ajenas en un perfil social es un verdadero uso social y puede ser una práctica tolerada. En este aspecto, si quien va a aparecer en las imágenes sabe que se le está haciendo la fotografía por una persona que es usuario habitual de redes sociales, sin que le advirtamos nuestra negativa de forma expresa, se podría entender que se prestó el consentimiento de forma tácita, más aún cuando la persona que no se opone es también usuario de la red y forma parte del grupo de amigos¹⁷.

¹⁵ Chaparro Matamoros, P.: “El derecho a la propia Imagen. Especial referencia a los menores de edad”; *Revista Doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil* num.10/2014.

¹⁶ Sentencia núm. 99/1994 de 11 de abril. Sala 1ª, Aranzadi RTC 1994/99

¹⁷ Escribano Tortajada, Patricia: “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales” de *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*, Edit. Dykinson, p. 82).

4. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LOS CONTRATOS DE REDES SOCIALES

4.1. En general, los contratos de adhesión

Entre las clasificaciones de contratos que la doctrina ha desarrollado, Díez-Picazo destaca que la de contratos de negociación y contratos de adhesión “*es una de las más importantes*” y distingue:¹⁸

- Contratos de negociación: “Aquellos en que las partes debaten o discuten o, por lo menos, se encuentran en posición de debatir y discutir el contenido del que el futuro contrato ha de ser dotado”.
- Contrato de adhesión: “Todos aquellos en que existe una previa pre redacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos y a la otra sólo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo”.

Es preciso resaltar que no debemos identificar contrato de adhesión con el contrato redactado unilateralmente, sino solo con el contrato en el que el contratante - adherente no le cabe otra opción de aceptarlo o rechazarlo.

4.2. La legislación protectora de los consumidores en España

En España son múltiples las leyes que se ocupan de la protección de los consumidores, contratos de adhesión y de regular las redes sociales.

Así tenemos la Ley 7/1998, de 13 de abril,¹⁹ sobre condiciones generales de contratación de la que conviene destacar:

“Son condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (Artículo 1. Ámbito objetivo).

“La presente ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional – predisponente – y cualquier persona física o jurídica – adherente (Artículo 2. Ámbito subjetivo).

¹⁸ Díez – Picazo, I. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I. Introducción. Teoría del contrato*, Edit. Thomson Civitas, 1983, p. 172.

¹⁹ Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación (BOE 89 de 14 de abril de 1998).

“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho (Artículo 5. Requisitos de Incorporación).

“Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma prohibitiva imperativa o prohibitiva, salvo que ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. (Art. 8.1. Nulidad).

En el mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre²⁰, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en especial su artículo 86, sobre cláusulas abusivas que limitan los derechos básicos del consumidor y usuario y por el que se considera en cualquier caso abusivas:

“las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: 1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad. (...) 7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”.

Y también el artículo 10 – *“Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios”* – que establece que “la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil” y, por tanto, cualquier acto contrario a la Ley 1/1982.

Por otro lado, destaca la Ley 34/2002, de 11 de julio²¹, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSICE), cuya finalidad principal es complementar a las normas generales y especiales en la parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos en aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por dicha regulación. Esta Ley pretende proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet. Con esta finalidad, la

²⁰ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 287 30/11/2007).

²¹ Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (BOE 166 de 12 de julio de 2002).

Ley impone a los prestadores de servicios la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio en Internet; la de informar a los destinatarios sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir a éstos visualizar, imprimir y archivar las condiciones generales a que se someta, en su caso, el contrato.

Esta Ley incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE²², del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en mercado interior, cuyo objeto (art.1) es la “regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones ...”.

Para que esta Ley sea aplicable a los contratos suscritos con las entidades que gestionan redes sociales deberán cumplir con dos condiciones:²³ “a) Tiene que ser un servicio prestado a título oneroso, sin que la prestación tenga que proceder del usuario, sino que el prestador del servicio los puede obtener por otros medios”, como por ejemplo, publicidad a través de esa red; “b) El servicio tiene que ser prestado a distancia y por vía electrónica”.

Con respecto a la responsabilidad de estas entidades, el artículo 13 de la LSSICE establece que “los prestadores de servicios de la sociedad de la información estén sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”. Y en el artículo 16 de LSSICE se establece una limitación a la responsabilidad “de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos” siempre que: a) No tengan conocimiento de que sea ilícita; b) Si lo tuvieren actúen con diligencia para su retirada o hacer imposible su acceso. Pero, además, la doctrina²⁴ entiende que “si de alguna manera dichos prestadores asumen algún tipo de control de los contenidos que almacenan o a los que enlazan, entonces, no será procedente la aplicación de las exoneraciones previstas en los arts. 16 y 17 LSSICE porque, de alguna manera, dichos

²² Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000.

²³ Grimalt Servera, P. “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la Información”, *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Edit. Aranzadi; p. 169.

²⁴ Grimalt Servera, P. “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la Información” en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Edit. Aranzadi; número 9; pp. 181-185.

prestadores habrán asumido los contenido de estos terceros al no limitarse a actuar pasiva y automáticamente”, pero podrán establecer procedimientos de detención y retirada de contenidos inadecuados y que su cumplimiento o incumplimiento exonerará o dará nacimiento a una indemnización de daños y perjuicios.

En cuanto a la protección de datos de los usuarios se ha de destacar que el 7 de diciembre de 2018 ha entrado en vigor la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales²⁵ (en adelante LOPDGDD), que deroga la normativa nacional previa al Reglamento (UE) 679/2016, de 27 de abril de 2016²⁶ – que había entrado en vigor el 25 de mayo de 2018 – de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante RGPD)

Este nuevo Reglamento refuerza y amplía los derechos de los residentes en la Unión Europea, dándoles mayor control sobre sus datos. En cuanto a las empresas, el RGPD también cambia el modo en que sus organizaciones deben recoger y tratar la información personal. Es un nuevo reglamento que se ha puesto de actualidad, aún más si cabe, tras el escándalo de Facebook y que cambiará totalmente la forma en la que nuestros datos deben quedar protegidos.

El RGPD afecta a todos y cada uno de los ciudadanos europeos, así como a todas las empresas que tengan actividad en la Unión Europea, sin importar los colores de la bandera de su país de origen. Es decir, las sociedades de EEUU, como Apple, Amazon o Facebook también tienen que cumplirlo. De hecho, poner coto a algunas de las prácticas de estos gigantes de internet es una de las grandes motivaciones del RGPD.

Aún a pesar de que el RGPD es de aplicación directa, de acuerdo con lo establecido en la Exposición de Motivos de LOPDGDD, ésta se dicta porque “en la práctica [se] puedan exigir otras normas internas complementarias para hacer plenamente efectiva su aplicación”. La importancia de los derechos digitales se remarca en esta Ley cuando en su Exposición de Motivos se dice que entre las prioridades de actualización de la Constitución está el elevar a rango constitucional estos derechos.

Destaca en la LOPDGDD su Título X - “Garantía de los Derechos Digitales” - el hecho de que ahora los servicios tendrán que informar por separado de los términos de uso del mismo y del tratamiento que van a hacer de los datos de los usuarios. Además, se deberán consentir todos y cada uno de los usos que le den a esos datos. Habrá

²⁵ Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (BOE» núm. 294, de 6 de diciembre de 2018)

²⁶ Reglamento (UE) 679/2016, de 27 de abril de 2016 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (DOCE 4 de mayo de 2016)

muchas más casillas que se tendrán que aprobar, pero eso redundará en mayor conocimiento y seguridad para todos. De lo regulado en el Título X podríamos hacer tres grupos de preceptos²⁷ Acceso y uso de internet (artículos 79 a 82).

- Derechos de menores de edad (artículos 83, 84 y 92).
- Ampliación de los derechos de los afectados (artículos 85, 86 y 93 a 95).
- Derechos del trabajador (artículos 87 a 91).

En cuanto a los artículos que regulan el acceso y uso de internet afectan al presente trabajo, el artículo 80 LOPDGDD en cuanto la oferta de servicios de internet por parte de los proveedores a los usuarios deberá ser “transparente” y el 82 por el deber de los proveedores de internet de informar “a los usuarios de sus derechos”.

De mayor importancia si cabe es el artículo 85 LOPDGDD que obliga a las redes sociales a adoptar protocolos adecuados que posibilite a los usuarios el ejercicio del derecho de rectificación reconocido en la Ley Orgánica 2/1984 acerca de los contenidos que “atenten contra el derecho al honor, la intimidad personal y familiar en Internet”, pero que omite cualquier referencia al derecho a la propia imagen que, como hemos visto, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional tiene identidad propia y diferenciada del derecho a la intimidad.

El artículo 94 LOPDGDD regula el derecho al olvido en cuanto “toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiera facilitado para su publicación por servicios de redes sociales” y el artículo 95 al derecho de los usuarios a transmitir “los contenidos” que hubieran facilitado a los prestadores de servicios a otro prestador. En estos dos artículos entendemos que no se trata solamente de “información” facilitada que afecte a derecho a la intimidad personal, como en el art. 85, sino cualquier “dato personal” o “contenido” y por tanto también a las imágenes que afecten al derecho a la propia imagen.

Por último, otra de las novedades importantes de la ley que venimos comentando es el relativo a los “datos de las personas fallecidas”, regulado en el artículo 3 LOPDGDD. En virtud de dicho precepto, las personas que hubieran sido designadas por el fallecido podrán solicitar el acceso a los datos personales de éste - por tanto también imágenes - y, en su caso, su rectificación o supresión. En ausencia de personas designadas y, salvo prohibición expresa del fallecido, también podrán solicitar el acceso

²⁷ González de Tejada, M.L. “Los derechos digitales en la Ley Orgánica 3/2018”, La Ley 15176/2018.

a sus datos personales y, en su caso, su rectificación o supresión, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos.

Este artículo 3 LOPDGDD tiene su antecedente en el artículo 4 de la LO 1/1982. Los derechos de la personalidad son derechos que se extinguen con el fallecimiento (art. 32 Código Civil) pero que son dignos de protección una vez acontecida la muerte, pudiendo ejercitar ciertos derechos las personas designadas para ello por el difunto, sus familiares o sus herederos²⁸.

4.3. Derecho a la propia imagen, contratos de adhesión y condiciones generales. Primeras conclusiones

Sin duda alguna lo que se viene denominando como “Condiciones de uso” en las redes sociales (Facebook, Instagram o Google) son contratos de adhesión que limita su uso a los usuarios que las aceptan, sin que quepa modificación alguna. Así en las “Condiciones de Uso” de Instagram se dice²⁹:

“Estas Condiciones de uso rigen el modo en que utilizas Instagram, y en ellas se proporciona información sobre el Servicio de Instagram, descrito en detalle a continuación. Cuando creas una cuenta de Instagram o usas la plataforma, aceptas estas condiciones. El Servicio de Instagram es uno de los Productos que Facebook Ireland Limited te proporciona. Por lo tanto, estas Condiciones de uso se constituyen entre tú y Facebook Ireland Limited”.

De forma casi idéntica se expresan las condiciones de uso Twiter (tanto en EEUU como en Europa)³⁰:

“Puede hacer uso de los Servicios solo si accede a firmar un contrato vinculante con Twitter y no es usted una persona vetada para hacer uso de los servicios de conformidad con la legislación de su jurisdicción aplicable. En cualquier caso, usted deberá tener al menos 13 años, o 16 años en el caso de Periscope, para hacer uso de los Servicios. Si acepta estos Términos y usa los Servicios en nombre de una empresa, organización, gobierno u otra entidad jurídica, afirma y garantiza que está autorizado a hacerlo y cuenta con los poderes necesarios para obligarla al cumplimiento de estos Términos, en cuyo caso el uso de las palabras “usted”, “su” y “sus” en estos Términos hará referencia a dicha entidad jurídica”.

De la lectura de estas cláusulas y de conformidad con la legislación transcrita podemos obtener las siguientes conclusiones:

²⁸ Cobas Cobiella, M.E.: “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Algunas notas sobre el tema”; en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Edit. Aranzadi; número 9; pg. 199.

²⁹ Servicios de Instagram, Términos y Condiciones de Instagram, Facebook Inc.
<https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511>

³⁰ 1. Quien puede hacer uso de los servicios, Términos de Servicio de Twitter
https://cdn.cms-twdigitalassets.com/content/dam/legal-twitter/site-assets/privacy-policy-new/Privacy-Policy-Terms-of-Service_ES.pdf

- i) Se trata de contratos de adhesión.
- ii) Son condiciones generales de contratación.
- iii) Cualquier cláusula contenida en estos contratos y que contravenga Ley Orgánica 1/1982 y en particular el derecho a la propia imagen será nula de pleno derecho de conformidad con el artículo 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación y artículo 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

5. TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LAS PRINCIPALES REDES SOCIALES EN ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

5.1. Introducción

Cuando un particular decide crear una cuenta en una red social para disfrutar de su uso como usuario, está “firmando” un contrato con esta empresa. Como todo contrato, tiene unas cláusulas, las cuales otorgan derechos y obligaciones a las partes y no son otras que las que cuando abrimos una cuenta en una red social aparecen bajo la denominación, “*Términos y Condiciones*”, a los que la generalidad de usuarios hace caso omiso, deslizando hacia abajo la pantalla hasta que aparece la opción “aceptar”, donde se detendrán, pulsarán y empezarán a ser usuarios activos de dicha red social “sin mayor preocupación”.

En los “*Términos y Condiciones*” de cualquier red social se regula la relación cliente (usuario de la red social) y empresa (la red social en sí). Los principales aspectos que regulan estos términos son, por ejemplo, regular la recopilación de la información y el contenido que se proporcione o la recopilación de la actividad de otros usuarios y la información que proporcionen sobre el usuario o cliente, así como regular el uso por parte de la empresa o terceros de los datos o información recopilada, entrando aquí el derecho a la privacidad y a la propia imagen. También regulará la forma de recopilar la información del dispositivo que se utilice para acceder a dicha red social (identificador, señales del dispositivo, redes y conexiones, datos de cookies, etc.).

Más adelante nos centraremos en especificar qué condiciones en concreto pueden afectar al derecho a la propia imagen en Instagram y Twitter.

Twitter es una red social que consiste en enviar mensajes de texto plano de corta longitud, con un máximo de 280 caracteres (originalmente 140), llamados “*tweets*”, que se muestran en la página principal del usuario y a los que puede ir asociada una imagen. Los usuarios pueden suscribirse a los “*tweets*” de otros usuarios (a esto se le llama “*seguir*”) y a los usuarios abonados se les llama “*seguidores*”. Por defecto, los mensajes son públicos, pudiendo difundirse privadamente mostrándolos únicamente a unos seguidores determinados. Los usuarios pueden “*twittear*” desde la web del servicio, con aplicaciones oficiales externas (como para teléfonos inteligentes), o mediante el Servicio de mensajes cortos (SMS) disponible en ciertos países.

Por otro lado, Instagram, es una red social propiedad de Facebook la cual consiste en que el perfil del usuario sea su propio álbum de fotos y videos (personales o no y privadas o no) las cuales titula y comparte con los demás usuarios que le siguen y con la totalidad de la red si su cuenta es pública (cuando el modo privado no esta activado).

Cuando abrimos una cuenta en Twitter o Instagram se diferencian dos momentos contractuales distintos:

1. El momento en el que el usuario adquiere la aplicación para su móvil. Esta aplicación es gratuita y permite al usuario que se dé de alta en la red social, participar en ella y acceder a lo que se dice en la misma. En este caso estaríamos ante un contrato por el que se adquiere de forma gratuita un bien que se va a utilizar como medio para obtener y disfrutar de un servicio.
2. El segundo momento contractual es en el que el usuario se da de alta en la red Social. Desde este momento, la compañía que la gestiona (Facebook, Instagram o Twitter) comienza a prestar restando un servicio no remunerado a la persona que se ha dado de alta en dicha red social. Además, al usuario se le proporciona licencia personal, con cobertura mundial, sin derecho de transferencia y sin exclusividad para el uso del software que Twitter ofrece como parte de sus servicios. Esta licencia tiene como único propósito permitir que el usuario utilice y disfrute los beneficios de los servicios prestados por Twitter del modo estipulado en sus condiciones.

5.2. Cláusulas de los contratos de adhesión que afectan al derecho a la propia imagen

De las “Condiciones de uso” de Instagram³¹ podemos destacar las siguientes:

- Se permite su uso a las personas mayores de 14 años.
- No es necesario que reveles tu identidad y no puedes hacerte pasar por otras personas, ni crear una cuenta a nombre de alguien más.
- No publiques contenido privado o confidencial de ninguna persona.
- Cuando compartes, publicas o subes contenido que se encuentra protegido por derechos de propiedad intelectual (como fotos o videos) en nuestro Servicio nos concedes una licencia mundial, no exclusiva, transferible, sublicenciable y exenta de pagos por derechos de autor para alojar, distribuir, modificar, mantener, reproducir, mostrar o comunicar públicamente y traducir su contenido, así como para crear contenido

³¹ Servicios de Instagram, Términos y Condiciones de Instagram, Facebook Inc.
<https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511>

derivado (de conformidad con tu configuración de privacidad y de la aplicación). Puedes eliminar el contenido o tu cuenta en cualquier momento para dar por finalizada esta licencia. No obstante, el contenido seguirá siendo visible si lo has compartido con otras personas y estas no lo han eliminado.

- Nos concedes permiso para mostrar tu foto de perfil.
- Es posible que el contenido que elimines se conserve durante un tiempo limitado en copias de seguridad, y seguirá siendo visible si otras personas lo han compartido en otros sitios.
- Si eres consumidor y resides habitualmente en un estado miembro de la Unión Europea, las leyes de dicho país se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o en relación con ellas (“reclamación”).

Y también en las “Condiciones de uso” de Instagram se remiten a la “Política de Datos” de Instagram, en la que se expresa que:

- Cualquier persona puede ver la información pública, tanto dentro como fuera de nuestros Productos, incluso aunque no tengan una cuenta. Entre estos datos se incluyen tu nombre de usuario de Instagram, la información que compartes de forma pública, la información de tu perfil público, como Facebook Marketplace. Tú, otras personas que usan Facebook e Instagram y nosotros podemos conceder acceso a información pública o enviar dicha información a cualquier persona tanto dentro como fuera de nuestros Productos, al igual que en otros Productos de las empresas de Facebook”.
- Las personas también pueden usar nuestros Productos para crear y compartir contenido sobre ti con el público que elijan. Por ejemplo, pueden compartir una foto en la que apareces en una historia, mencionarte o etiquetarte en una ubicación determinada en una publicación”.
- Del mismo modo, cuando descargas o usas servicios de terceros, estos puedan acceder a tu perfil público en Facebook, así como cualquier información que compartas con ellos. La información que recopilan estos servicios de terceros está sujeta a sus propias condiciones y políticas, no a esta.
- De conformidad con el Reglamento General de Protección de Datos, tienes derecho a acceder a tus datos, rectificarlos y suprimirlos, así como a obtener su portabilidad.

De los “Términos y Condiciones” de Twitter podemos destacar³²:

- Creemos que siempre debes saber qué datos recopilamos acerca de ti y cómo los usamos ... Estas actualizaciones entran en vigor el 25 de mayo de 2018
- Puede hacer uso de los Servicios solo si accede a firmar un contrato vinculante con Twitter y no es usted una persona vetada para hacer uso de los servicios de conformidad con la legislación de su jurisdicción aplicable. En cualquier caso, usted deberá tener al menos 13 años, o 16 años en el caso de “Periscope”.
- Usted es responsable de su uso de los Servicios y de cualquier Contenido que proporcione, incluyendo el cumplimiento con las leyes, reglas y normas aplicables. Solo debe proporcionarnos contenido que desee compartir con otros. Cualquier confianza que deposite en cualquier Contenido o material publicado por medio de los Servicios u obtenido mediante los mismos, o cualquier uso que haga de ellos, lo hace por su propia cuenta y riesgo.

³² Quien puede hacer uso de los servicios, Términos de Servicio de Twitter
https://cdn.cms-twdigitalassets.com/content/dam/legal-twitter/site-assets/privacy-policy-new/Privacy-Policy-Terms-of-Service_ES.pdf

- Usted conserva sus derechos sobre cualquier Contenido que envíe, publique o muestre a través de nuestros Servicios. Lo que es suyo, es suyo: usted es el dueño de su Contenido (y del audio incorporado, las fotos y vídeos que se consideren parte del Contenido). Al enviar, publicar o mostrar Contenido a través de los Servicios, nos otorga una licencia mundial, no exclusiva, libre del pago de derechos (con derecho a sub-licencia) para usar, copiar, reproducir, procesar, adaptar, modificar, publicar, transmitir, mostrar y distribuir dicho Contenido en todos y cada uno de los medios de comunicación o métodos de distribución posibles (conocidos ahora o desarrollados con posterioridad).
- Twitter es público y los tuits pueden ser vistos y buscados por cualquier persona en todo el mundo. También le proporcionamos formas de comunicarse en Twitter que no son públicas mediante tuits protegidos y mensajes directos. Usted también puede utilizar Twitter bajo un seudónimo si prefiere no utilizar su nombre.
- Cuando usted utiliza “Twitter”, incluso si solo está mirando tuits, recibimos alguna información personal de usted como el tipo de dispositivo que está utilizando y su dirección IP. Usted puede optar por compartir información adicional con nosotros como su dirección de correo electrónico, número de teléfono, contactos de la agenda y perfil público. Utilizamos esta información para cuestiones como el mantenimiento de la seguridad de su cuenta y para mostrarle tuits, personas que seguir, eventos y anuncios más relevantes.
- Le damos el control a través de su configuración para limitar los datos que recopilamos sobre usted y cómo los utilizamos, así como para controlar cuestiones como la seguridad de la cuenta, preferencias de marketing, aplicaciones que pueden acceder a su cuenta y contactos de agenda que ha subido a “Twitter”. También puede descargar siempre la información que ha compartido en “Twitter”.
- Además de la información que comparte con nosotros, utilizamos sus “tuits”, el contenido que ha leído, “retuiteado” o al que ha hecho me gusta, así como otra información para determinar qué temas le interesan, su edad, los idiomas que habla y otras cuestiones para mostrarle un contenido más relevante. Le ofrecemos transparencia respecto a esta información y usted puede modificarla o corregirla en cualquier momento.
- Información privada: no puedes publicar la información privada de otras personas sin su expresa autorización y permiso. La definición de información privada puede variar según las leyes locales.
- Contenido multimedia de carácter íntimo: no puedes publicar ni compartir fotos o videos íntimos de otra persona que se hayan producido o distribuido sin el consentimiento de esa persona.
- Amenazas de divulgación o hackeo: no puedes amenazar con revelar la información privada o el contenido multimedia de carácter íntimo de otra persona.
- Contenido multimedia. Donde se representa a personas fallecidas: es posible que te solicitemos que elimines el contenido multimedia donde se representa la muerte de una persona identificable si recibimos una solicitud de su familia o un representante autorizado. Obtén más información sobre cómo realizar este tipo de solicitud.
- Fallecimiento de un usuario. En caso de que un usuario fallezca, podemos actuar con una persona autorizada en representación de su patrimonio o con un familiar directo comprobado del fallecido para desactivar su cuenta.

Con respecto a dichas cláusulas podemos concluir:

- i) Son condiciones generales de contratación a los efectos del art. 1 de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación.
- ii) Las condiciones generales no se desarrollan en un solo documento, sino que son constantes los reenvíos a otros enlaces por lo que entendemos que no se

cumplen los requisitos establecidos en el art. 5 de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación.

- iii) Las condiciones generales no son concretas, claras, ni sencillas en su redacción.
- iv) Tales condiciones no se pueden entender como “transparentes” (art. 80 Ley Orgánica 3/2018) por lo que entendemos aplicable el artículo 6.2 de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación, en cuanto se deben interpretar siempre a favor del usuario.
- v) No se informa de los derechos de los usuarios (art. 82 Ley Orgánica 3/2018), al contrario parece que solo se informa de sus obligaciones.
- vi) No se establece protocolo alguno que posibilite el derecho de rectificación en relación con el derecho al honor, la intimidad personal o familiar (art. 85 Ley Orgánica 3/2018).
- vii) No se establece el derecho a la supresión de los datos de carácter personal (artículo 94 Ley Orgánica 3/2018).
- viii) En el caso de Instagram no se establece ningún protocolo para la modificación o cancelación de los datos de las personas fallecidas (artículo 3 Ley Orgánica 3/2018).
- ix) No se informa de la duración del contrato y si este se prolonga de forma automática de las condiciones de resolución (art. 60.2, letra f) de RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). O en su caso de poner fin al contrato (art. 62 de RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)
- x) No se contemplan la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como con, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación general (art. 60.2, letra i) de RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).
- xi) No se informa de la interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos o que se espera razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o

determinados elementos de los soportes físicos (art. 60.2, letra j) de RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

- xii) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de conflictos prevista en el artículo 21.4 (art. 60.2, letra k) de RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).
- xiii) Las condiciones de ambas redes están sometidas a las previsiones establecidas en la LSSICE ya que son un servicio prestado a título oneroso en el sentido de que el prestador del servicio obtiene beneficios por otros medios (como por ejemplo publicidad) a través de esa red y el servicio es prestado a distancia y por vía electrónica.
- xiv) No se permite, o cuanto menos no es sencillo, conforme establece la LSSICE visualizar, imprimir y archivar las condiciones generales a que se someta, en su caso, el contrato.
- xv) No se regula el derecho al olvido en los términos del artículo 94 LOPDGDD

Sin embargo, observamos que en ambos casos se ha intentado adaptar sus condiciones generales a las nuevas exigencias del RGPD.

En Twitter se reconoce que la titularidad de toda la información, fotografías y videos es del usuario. Sin embargo, en Instagram, el usuario otorga una licencia sublicenciable y transferible para “*distribuir, modificar, administrador, copiar, mostrar o exhibir públicamente*” sobre los derechos de propiedad intelectual (“*como fotos o videos*”). Esta autorización de ningún modo se puede entender como el consentimiento expreso que requiere el art. 2.2. de la LO 1/1982 para destinar esas fotografías o videos a otros fines distintos de ser publicados en Instagram y con mayor razón, si en esas fotografías aparecen la imagen de terceras personas que tampoco han dado su autorización expresa a Instagram. Pero otra consecuencia muy importante será que Instagram habrá perdido el beneficio de exoneración de responsabilidad del art. 17 LSSICE al no limitarse a actuar pasiva y automáticamente.

Por último, no aparece en ninguna de las condiciones generales la posibilidad de que terceros no usuarios, que puedan entender que su derecho a la propia imagen ha

sido vulnerado, tengan la posibilidad de solicitar la cancelación o borrado de sus imágenes.

6. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ACERCA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Estudiábamos en el punto 1.3 que la LO 1/1982 en su artículo 2.1 indica que la protección civil del derecho a la propia imagen quedará delimitado por las leyes, por los usos sociales y por los propios actos que cada persona haya reservados para sí o su familia hacia terceros. Así, la primera cuestión que nos podemos plantear es si la utilización en las redes sociales de la propia imagen puede considerarse un acto propio, en el sentido de indicar que ya no se trata de un elemento reservado y por tanto se puede divulgar tales imágenes sin límite alguno. Recordemos también que al analizar el contenido de las “*condiciones de uso*” de las redes sociales veremos que terceras personas podrán utilizar las imágenes de los usuarios que hubieran publicado en la red sin activar “*el modo privado*”.

Las sentencias del Tribunal Supremo 91/2017 de 15 de febrero³³ y 476/2018 de 20 de julio³⁴, aparentemente contradictorias³⁵, nos otorgan la solución.

En la primera de las sentencias el supuesto de hecho es la utilización por parte de un periódico de la fotografía de una persona obtenida de las redes sociales para ilustrar un suceso en el que el mismo individuo había participado. El Tribunal Supremo después de desestimar la demanda en cuanto a la intromisión del demandado en el derecho a la intimidad, estima la demanda por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

Facebook en sus condiciones generales establece que “cuando publicas contenido o información con la configuración Público, significa que permites que todos, incluidas las personas que son ajenas a Facebook accedan y usen dicha información y a la asocien a ti ... Al utilizar o acceder a los servicios Facebook, muestras tu conformidad con esta declaración”.

Sin embargo, de la sentencia del Tribunal Supremo que venimos comentando Azurmendi³⁶ opina que “lo que hace Facebook es permitir “accesibilidad a terceros” de contenidos propios de internet; un tipo de comunicación pública más restringida que la de los medios de comunicación; motivo por el cual el consentimiento para la

³³ Sentencia del TS, Sala 1ª, 91/2017 de 15 de febrero, Aranzadi RJ 2017/302

³⁴ Sentencia del TS, Sala 1ª 476/2018 de 20 de julio; Aranzadi RJ 2018/2832.

³⁵ Jesús A Messía de la Cerda Ballesteros :“El tratamiento de datos en redes sociales: jurisprudencia vacilante o diferencia de supuestos”, La Ley 15195\2018.

³⁶ Azurmendi, Ana: “¿Es intromisión ilegítima publicar una foto de Facebook sin consentimiento” *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 928/2017.

accesibilidad de la imagen de los internautas no sería trasladable al tipo de comunicación pública característico de los medios de comunicación”; y en particular la sentencia dice:

3.- (...) Que en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya "subido" una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación.

El consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el «consentimiento expreso» que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. Aunque este precepto legal, en la interpretación dada por la jurisprudencia, no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas.

También declara dicha sentencia, que haber publicado la foto de perfil en una red social no convierte a esa persona en un “*personaje público*” (art. 8.2 LO1/1982), ni que la “*subida*” de imágenes propias a la red suponga un “uso social” que pueda ser interpretado como un “acto propio” que “legitime cualquier otro uso público de tal imagen por parte de un tercero para el que no se haya dado ese consentimiento expreso” (Fundamento Jurídico 4.5) “porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible a los datos e imágenes en un perfil público de una red de Internet”³⁷

En resumen: Con la publicación de una fotografía en cualquier red social: 1) No se puede entender prestado el consentimiento expreso que prevé el artículo 2.2 de la LO 1/1982 como excluyente de la ilicitud de su publicación en otro medio de comunicación social; 2) Tampoco se puede entender como “*usos sociales*” o “*actos propios*” de los que se pueda desprender un consentimiento expreso.

³⁷ Salas Carceller, Antonio, Magistrado del TS: “Derecho fundamental a la propia imagen”. Comentario a la Sentencia del TS, Sala Primera, núm. 91/2017, de 15 de febrero, revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2017.

En la segunda, Sentencia 476/2018 de 20 de julio, el hecho enjuiciado era la publicación por parte del demandado en diversos “*tuits*” de diversas fotografías del demandante obtenidas en redes sociales. El Tribunal Supremo desestima la demanda y considera que no se ha vulnerado el derecho a la propia imagen por entender que: 1) “La captación de la imagen del demandante se hizo en eventos públicos, en compañía de otras personas y con el consentimiento del afectado” ya que lo publicó en la red “Twitter” por lo que estaríamos ante el límite establecido en el artículo 8.2 de la LO 1/1982 ; 2) Obtener *una imagen de un “tuit” y “retuitearlo” en otras cuentas* se debe entender como “*usos sociales*” en los términos del artículo 2.1 LO 1/1982, por lo que se puede entender que estamos ante un consentimiento expreso; dice la sentencia:

“... la inclusión de una imagen en un tuit equivale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los «usos sociales» legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien «retuiteando» el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al art. 2.1 LOPDH .

Aunque de una primera lectura puedan parecer sentencias contradictorias, no lo son. La razón de que una sea condenatoria y otra absolutoria la tenemos que buscar en que en la primera de ellas, la imagen del afectado que se incluyó en la red social lo fue con esa exclusividad finalidad y no para que fuera publicada en un medio de prensa. Y en la segunda, las imágenes fueron publicadas por el afectado en la red social (acto propio) y se transmitieron (“*retuitear*”) en la misma red (usos sociales). Es decir, publicar una imagen en internet de forma pública, sin acceso restringido, permitiría a otros usuarios de la misma red utilizarla para esos mismos fines, al entender que se trata de un “uso social” en el ámbito de internet (Art. 2.1 Ley 1/1982), pero no a otros distintos, como por ejemplo, su reproducción en la prensa escrita o televisión, ya que este medio no forma parte de la red en cuestión y la persona afectada no prestó su consentimiento para que se utilizaran.

Tal jurisprudencia ya ha sido acogida en las Audiencias Provinciales, como se desprende de la sentencia de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña³⁸ en la que se estima que existe intromisión ilegítima en la propia imagen por la publicación de una fotografía del actor, obtenida de la red “Facebook”, en distintas ediciones de un periódico y que se trata de un particular, sin que esta condición cambie por haber participado en un hecho presuntamente delictivo, por lo que en el juicio de ponderación entre los derechos de información y el derecho a la propia imagen, se da prevalencia a este último.

Distinto razonamiento - entendemos que erróneo – pero llegando a la misma conclusión, sigue la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santander³⁹ en la que se condena a un establecimiento comercial por exponer al público para su venta un teléfono móvil, previamente vendido por la actora, en el que se podían ver fotografías de ésta y de sus hermanos menores, pero que también eran visibles en su perfil público de Facebook. Decimos que la fundamentación jurídica es errónea porque se dice en un primer momento que el derecho infringido es el del honor, para después manifestar que la demandada vulneró la intimidad personal de los actores y fundamentar la condena en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 15/1999. Sin embargo, por nuestra parte entendemos que el derecho vulnerado fue el de la propia imagen y el fundamento jurídico debió de ser la infracción de la LO 1/1982 por falta de consentimiento expreso.

Ya con anterioridad y con base a que la protección al derecho a la propia imagen quedaba delimitada “por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia” (art. 2.1. LO 1/1982), nuestros tribunales habían establecido que “la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia - y previa – conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel”⁴⁰ y también⁴¹ “... por lo que siendo este tipo de fotografías de ese contenido no puede admitirse que haya existido una vulneración del derecho al honor y a la propia

³⁸ Sentencia 88/2017 de 10 Mar. 2017, Rec. 543/2016 Ponente: Fernández-Montells Fernández, Antonio Miguel, Aranzadi, AC 2017/838.

³⁹ Sentencia de 12 de enero de 2018 del Juzgado de Primera Instancia número siete de Santander; juicio ordinario 1322/2016; Aranzadi Jur\2018\18466

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, nº 285/2010 de 30 de junio, Aranzadi AC 2010/304046

⁴¹ Sentencia Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, número 316/2013 de 19 de septiembre, Aranzadi AC 2013/1782

imagen, cuando la actora de manera voluntaria y por propia iniciativa ha permitido y enviado este tipo de fotografías, pues es lógico que las mismas se destinen a líneas eróticas ...”. Pero más importante para el presente trabajo es el pronunciamiento de esta última sentencia, relativo a la nulidad de la cláusula firmada entre las partes relativa al carácter indefinido de la autorización para difundir imágenes de este tipo; dice la sentencia: “... la empresa en virtud de esta cláusula podía continuar difundiendo su imagen como hizo amparándose en dicha cláusula. El mantener la misma implicaría para la actora que su imagen podía seguir difundándose de por vida, siendo claramente una cláusula abusiva al dejar al arbitrio de la empresa demandada la utilización de la imagen de la actora durante el tiempo que tenga por conveniente, por ello la misma debe ser declarada abusiva y por tanto nula ...”.

Otro aspecto relevante acerca del consentimiento expreso que se exige en el art. 2.2. LO 1/1982 para que se entienda que no existe vulneración del derecho a la propia imagen, es la diferenciación entre el consentimiento para la captación de una imagen y el consentimiento para su difusión tal y como lo analiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2º, de fecha 29 de enero de 2018⁴² en la que se estima vulnerado el derecho fundamental a la propia imagen, al entender que las actrices solo había prestado el consentimiento de que se obtuviera su imagen fotográfica en un lugar público, pero no para su difusión en una exposición fotográfica y en un cartel publicitario de un festival de cine “si la autorización nunca fue otorgada a nadie y su prohibición no puede ser expresada por no conocer el propósito de la difusión a tiempo, se consuma la intromisión ilegítima por la utilización de la imagen de las actrices con fines publicitarios”. “*Obiter dicta*” se debe entender que dejarse fotografiar, no supone un “acto propio” del que se pueda desprender consentimiento, ni tampoco un “uso social” que la imagen se obtuviera en un lugar público.

⁴² Sentencia 51/2018 de 29 de enero de 2018, Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2º, Rec. 742/2017; La Ley 14211/2018

7. DERECHOS DE LA PERSONA. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN EN ESTADOS UNIDOS

7.1. Common Law

Puesto que el presente trabajo tiene en parte como objeto el derecho comparado acerca del derecho a la propia imagen y los contratos de adhesión en las redes sociales en España y EEUU entendemos necesario realizar una breve diferenciación ente el *common law* anglosajón y el derecho continental que sigue la tradición romana – germánica.

El *common law* tiene su origen o primera definición en el primer derecho común que se aplica a todos los habitantes de Inglaterra.

Y la primera precisión que debemos realizar es aclarar la confusión que nos lleva la traducción literal de algunos términos. Así jurisprudencia (*jurisprudence*) en derecho anglosajón no significa los antecedentes o sentencias dictadas por los tribunales, sino a la ciencia del derecho o al pensamiento jurídico que, curiosamente, coincide con lo que se entiende en derecho romano por jurisprudencia: “Ius creado por la autoridad de los prudentes”⁴³. En *common law*, lo que nosotros llamamos jurisprudencia, se denomina *case law*, *judge made law*, *judicial precedents*.

Otra importante diferencia es que la jurisprudencia en “common law” (*judicial precedents*), junto con la ley (*statues*) y la equidad (*equity*) es fuente del derecho (otra vez curiosamente igual que en el derecho romano). Sin embargo, en España las fuentes del derecho son “la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (Art. 1.1. Código Civil) y la jurisprudencia “complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Consecuencia de ello es que en la common law “los futuros jueces están obligados a seguirlos [precedentes] a menos que sean anulados o distinguidos”; la vinculación al precedente se denomina “*rule of precedent*” y la anulación, “*overrruling*” y la distinción, “*distinguishing*”; estas tres reglas establecen la máxima “*stare decisis et quieta non moveré o stare rationibus decidendi*” y sienta las bases conforme a las que opera la vinculación al precedente y los mecanismos que permiten al juez a apartarse del mismo”. En España, por el contrario, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosos pronunciamientos que “el juzgador

⁴³ “Derecho Romano”, Álvaro D’ors, Edit. Eunsa, pg. 72

está sujeto a la ley, no a sus precedentes, por lo que no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante” (STC 242/1992, de 21 de diciembre, recurso de amparo núm. 2738-1990).

Estos precedentes en EEUU se han sistematizado a través de los llamados “Restatements”, que recopilan los principales precedentes comunes de los cincuenta estados y fue encomendado al American Law Institute por la American Bar Associations desde 1923.

Otra fuente del derecho que queremos resaltar en common law, en cuanto a su importancia para la defensa de un derecho fundamental como es el de propia imagen, es la equidad (equity) que se sustancian en la práctica jurídica a través de unas máximas⁴⁴:

1. La equidad no tolera agravio sin reparación (Equity will not suffer a wrong to be without a remedy).
2. La equidad sigue la Ley. (Equity follows the law).
3. A igualdad de equidad, la ley prevalecerá (Where there is equal equity, the law shall prevail).
4. A igual de equidad, prevalecerá el derecho anterior en el tiempo (Where the equities are equal, the first in time shall prevail).
5. El que busca equidad debe proceder con equidad (He who seeks equity must do equity).
6. El que acude a la equidad debe hacerlo con manos limpias (he who comes into equity must come with clean hands).
7. La equidad protege al diligente y no al indolente (Equity aids the vigilants and not the indolent).
8. La igualdad es sinónimo de equidad (Equality es equity).
9. La equidad mira a la intención más a la forma (Equity looks to the intent rather than to the form).

A la hora de hablar de historia del derecho en los Estados Unidos se debe comentar el caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Se considera uno de los casos mas importantes de la historia de Estados Unidos ya que estableció el principio de “*Revisión Judicial*” o “*Judicial Review*”. El contencioso surge a raíz de las elecciones de 1800, en las que John Adams, presidente en ese momento, es derrotado por Thomas Jefferson. En el final del mandato de Adams, el gobierno estableció una serie de cargos judiciales y con el ajetreo de última hora, el Secretario de Estado saliente no entregó las actas de nombramiento a cuatro jueces de paz, entre los que se encontraba William Marbury. El nuevo gobierno, por medio del nuevo Secretario de

⁴⁴ del Barrio, Natalia: “La Jurisprudencia en el *common law* (desde la perspectiva del jurista continental); Edit. Aranzadi, pg. 20.

Estado, James Madison, e irritado con las prácticas del anterior gobierno se negó a entregar las actas de nombramiento de los nuevos jueces creados por el gobierno de Adams. William Marbury, seguramente sin imaginar lo que resultaría de ello, presentó un mandato judicial (“*mandamus*”) pidiendo al nuevo Secretario de Estado que le envíe su nombramiento, el cual ya estaba sellado. Esta solicitud se tramitó a través de una *Judiciary Act* y llegó directamente a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Al resolver el asunto, la Corte Suprema y especialmente Marshall, quien era “*Chief Justice*” (ponente de la causa) del Tribunal, resolvió que, aunque era cierto que el derecho que reclamaba Marbury existía y merecía tutela, la Ley que habilitaba a la Corte Suprema a resolver un “*mandamus*” como el presentado contravenía lo dispuesto por la Constitución. Más específicamente, señaló que si bien la “*Judiciary Act*” habilitaba a el Tribunal Supremo para conocer algunos “*mandamus*” en primera instancia (con competencia originaria), dicha competencia legal resultaba inconstitucional, pues no se ajustaba a lo dispuesto por la Constitución que disponía que, salvo algunos pocos supuestos, la Corte Suprema solo ejercía su competencia “*por apelación*”

En esta línea, y con independencia de la situación de Marbury, la Corte Suprema sostuvo que la Constitución establecía límites para los poderes públicos, los cuales no podían ser modificados por estos, prohibición que había sido desatendida por el Congreso al dar la “*Judiciary Act*”. Y lo más relevante, precisó que cuando una Ley se opone a la Constitución esta deja de ser válida y, siendo así, declaró que la Ley que establecía la competencia de la Corte Suprema para que esta resuelva “*mandamus*” de manera directa no podía ser aplicada, por ser inconstitucional.

Las aportaciones más importantes que derivan de esta sentencia son que la Corte Suprema no solo afianzó el valor de la Constitución, sino también afirmó su propia legitimidad y poder . Y además estableció el principio de “*Judicial Review*” o “*revisión judicial*” que consiste en que las acciones de el poder ejecutivo y legislativo deben ser revisadas por el poder judicial y este invalidara las leyes o regulaciones que contravengan una norma superior, como la Constitución⁴⁵

⁴⁵ Theodore B. Olson, “Remembering Marbury v. Madison,” 7 Green Bag 2d 35, 36 (2003)

7.2. Derechos de la Personalidad en Estados Unidos

Estados Unidos fue uno de los primeros países que reconoció este derecho, inicialmente mediante el ejercicio de una acción de “*torts*” (acción de daños) mediante la cual la parte perjudicada denuncia a toda persona que se entrometa ilegalmente en sus asuntos privados, divulgue su información privada, la publique de manera falsa o se apropie de su nombre para beneficio personal.

El origen de este derecho a la privacidad (“*right of privacy*”) es “*the right to be let alone*” (“*derecho a ser dejado en paz*”) formulado por primera vez por el Juez Cooley en 1879 y desarrollado por los juristas Samuel Warren y Louis Brandeis en su artículo “The Right to Privacy” en 1890⁴⁶ y que consiste en la obligación de no participar en la vida colectiva e implica el derecho a permanecer en el anonimato, a no ser molestado y no sufrir intromisiones. Este derecho no protege a las personas vinculadas con actividades que pueden ser de interés público, como por ejemplo, famosos, políticos o personajes relacionados con acontecimientos importantes en la actualidad.⁴⁷

La dimensión de la autonomía de la persona en el derecho a la privacidad se desarrolló especialmente en casos relacionados a los derechos reproductivos. La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció por primera vez el derecho independiente a la privacidad en el marco de la protección implícita en las primeras diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos o *Bill of Rights* en el caso *Griswold v. Connecticut Co.*, 131 Conn. 248, 38 A.2d 676 (Conn. 1944). En este asunto, se invocó el derecho de privacidad de las personas casadas para anular una ley que prohibía la anticoncepción. Casos posteriores ampliaron este derecho fundamental⁴⁸ y, en el caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 959, 93 S. Ct. 1409, 35 L. Ed. 2d 694 (1973), se estableció definitivamente el derecho de privacidad conforme a la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda. La Corte clasificó este derecho como fundamental y, de ese modo, solicitó que toda violación por parte del gobierno estuviese justificada por intereses apremiantes del Estado.⁴⁹ Roe estableció que el interés apremiante del Estado en evitar el aborto y

⁴⁶ Gutiérrez David, Estrella: “Intimidad y propia imagen: los ecos de la *common law* americano y la evolución de la jurisprudencia constitucional española” dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4330058.pdf recuperado el día 30 de marzo de 2019.

⁴⁷ “Invasion of Privacy Law & Legal Definition”, US Legal.
<https://definitions.uslegal.com/i/invasion-of-privacy/>

⁴⁸ *Griswold v. Connecticut Co.*, 131 Conn. 248, 38 A.2d 676 (Conn. 1944). WestLaw

⁴⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 959, 93 S. Ct. 1409, 35 L. Ed. 2d 694 (1973). WestLaw

proteger la vida de la madre era más importante que su autonomía personal únicamente después de que el feto fuese viable. Antes de la viabilidad del feto, el derecho fundamental a la privacidad personal de la madre limita la intervención del Estado, ya que no existe un interés apremiante, según la Corte.⁵⁰

La invasión del derecho a la privacidad puede ser la base de una demanda por daños y perjuicios contra la persona o entidad que viola tal derecho y aunque en la Constitución no se mencione la privacidad como tal, el Tribunal Supremo ha interpretado varias enmiendas de la Constitución de manera que crea este derecho:

- Primera Enmienda: Derecho a la libre reunión y a un proceso justo, el Tribunal Supremo interpretó que incluye la prohibición a cuerpos policiales y demás agentes gubernamentales el registro a una persona y su propiedad privada sin contar con una “causa probable” para creer que ha cometido un delito. Esta interpretación favorece la privacidad de los individuos respecto al estado.
- Cuarta Enmienda: Derecho a estar protegido de investigaciones o incautaciones injustificadas.
- Enmienda Catorce: Derecho a un debido proceso. El Tribunal Supremo ha dictado que también incluye la privacidad de la familia, matrimonio, maternidad y crianza de los hijos⁵¹.

Además, la ley moderna, como fue clasificada por primera vez por William Prosser, incluye cuatro categorías de invasión de la privacidad⁵²:

- Intrusión de la soledad: La intrusión sobre el aislamiento ocurre cuando una persona perpetra intencionalmente, física, electrónicamente o de cualquier otra manera, sobre el espacio privado, la soledad o los asuntos privados o preocupaciones de otra. Mediante el uso de los sentidos físicos del autor o por medios electrónicos como por ejemplo dispositivos para supervisar o escuchar las conversaciones y asuntos privados de la persona. La piratería en cualquier dispositivo de otra persona también es un tipo de intrusión en la privacidad

⁵⁰ Derecho a la privacidad: Autonomía personal, Law Cornell School Legal Information Institute https://www.law.cornell.edu/wex/es/derecho_a_la_privacidad_autonom%C3%ADa_personal

⁵¹ Tim Sharp, Right to Privacy: Constitutional Rights & Privacy Laws- Live Science, 12 de Junio 2013 <https://www.livescience.com/37398-right-to-privacy.html>

⁵² William Prosser, "Privacy", Wayback Machine, California Law Review (Vol 48, No. 3, pp. 383–423), 19 de Octubre de 2019 https://web.archive.org/web/20131019050717/http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser_privacy.pdf

- Divulgación pública de hechos privados: La divulgación pública de hechos privados surge cuando una persona revela información que no es de interés público y que su divulgación ofendería a una persona razonable, incluyendo la publicación o difusión generalizada de hechos privados poco conocidos que no son de interés periodístico, que no forman parte de los registros públicos, ni obtenidos de procedimientos públicos.
- “*False Light*”: La publicación de hechos que colocan a una persona en una situación injusta, aunque los mismos hechos pueden no ser difamatorios. Si una publicación de información es falsa, podría haber ocurrido un delito de difamación. Si esa comunicación no es técnicamente falsa, pero sigue siendo engañosa, podría haber ocurrido un delito de “false light” (“error de “luz falsa”). Se trata de una metáfora que ejemplifica que, tras ciertas informaciones falsas, uno puede ser juzgado por el público de una manera injusta
- Apropiación: El uso no autorizado del nombre o la imagen de una persona para obtener algunos beneficios. Aunque a menudo la privacidad es una responsabilidad extracontractual en los Estados Unidos, la mayoría de los Estados han promulgado estatutos que prohíben el uso del nombre o la imagen de una persona si se usan sin consentimiento para el beneficio comercial de otra persona.

En cuanto a las leyes que respaldan el derecho a la propia imagen en Estados Unidos, primero se debe destacar que este país cuenta con un sistema legal Federal, el cual es común para toda la nación. Dentro de este sistema se encuentra la Constitución, estatutos, regulaciones y jurisprudencia nacional. Además, Estados Unidos está dividido en cincuenta Estados, cada uno con su propia constitución, legislación y jurisprudencia. Por ejemplo, California en el Artículo 1 de su Constitución establece la privacidad como un derecho inalienable de la persona⁵³ e Indiana ostenta el estatuto de privacidad con el alcance temporal más amplio del mundo, ya que brinda su protección durante los 100 años siguientes a la muerte y protege no solo el habitual “*nombre, imagen y semejanza*”, sino también su firma, fotografía y gestos.⁵⁴ Por el contrario, en otros muchos Estados, al igual que la Constitución Federal, no regula estos derechos sino que

⁵³ California Constitution Article 1, §1

⁵⁴ Indianan Right to Publicity Law, Digital Media Law
<http://www.dmlp.org/legal-guide/indiana-right-publicity-law>

se basan en su propia jurisprudencia para solucionar la incidencia que su vulneración puede tener en los ciudadanos y en la sociedad actual.

En la Constitución Federal (*Bill of Rights*), el derecho a la privacidad, como hemos apuntado antes, no aparece de manera literal en el texto, pero existen límites constitucionales a la intrusión del gobierno en la privacidad del individuo. La Constitución por lo tanto protege al individuo de la intervención estatal, pero no lo protege ante invasiones de la privacidad entre ciudadanos. Estas intrusiones en la privacidad se resuelven, como expusimos en el punto anterior, por *case law, judge made law, judicial precedents*, esto es, por la jurisprudencia, si estuviéramos hablando en términos de derecho continental.

7.3. Derechos de la personalidad en Estados Unidos y su relación con las redes sociales

Como estudiamos en el punto 3, en España tenemos una regulación específica que protege a los consumidores y usuarios, legislación sobre protección de datos y una regulación acerca de la sociedad de la información y comercio electrónico. Por el contrario, en Estados Unidos prácticamente no existe ningún tipo de regulación que limite el contenido de los términos y condiciones de las redes sociales en el ámbito de la privacidad. La agencia estatal que se ocupa de controlar este ámbito es la “*Federal Trade Commission*” (en adelante FTC), la cual no tiene autoridad para establecer unos requisitos o mínimos de privacidad que las empresas deban incluir en sus términos y condiciones en materia de privacidad. Puede controlar y castigar los actos engañosos e injustos. Esto quiere decir que cada empresa que se dedique al desarrollo de redes sociales podrá establecer los términos y condiciones que crea conveniente en cuando a privacidad sin que no exista el concepto de cláusula abusiva penada por la ley estatal y sus limitaciones vendrán fijadas por la jurisprudencia.⁵⁵ Como excepción tenemos el *Children's Online Privacy Protection Act* (En adelante COPPA), la cual desarrollamos en el apartado 5.3.2.

Como decíamos, que no exista una ley en concreto que regule la forma y contenido de los contratos o condiciones generales suscritos con las empresas que gestionan redes sociales, no significa que los ciudadanos en EEUU estén totalmente

⁵⁵ Solove, Daniel J. and Hartzog, Woodrow, The FTC and the New Common Law of Privacy, Columbia Law Review, August 15, 2013. Pags (627-647); GWU Legal Studies Research Paper No. 2013-120; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2013-120. <https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/SSRN-id2312913.pdf>

desprotegidos ya que sus límites son establecidos por la jurisprudencia. Las responsabilidades de estas sociedades se pueden agrupar en dos grandes grupos:

7.3.1. *“Intermediary Liability” o “Responsabilidad Intermedia”*

Este concepto legal consiste en que un portal de Internet, como son las redes sociales, puede ser responsable del contenido que terceras personas (los usuarios) publican en dicha red social, como puede ser contenido difamatorio, que manifieste un discurso de odio o invada la privacidad de alguien. Normalmente, la mayoría de los países, otorgan inmunidad a los proveedores de servicios en línea, lo que se denomina *“safe harbor”* (*“puerto seguro”*) siempre que cumplan con ciertas reglas y eliminen el contenido problemático rápidamente.⁵⁶

En Estados Unidos destaca el *“Communications Decency Act”* (en adelante *“CDA”*) de 1996, esta ley pretende regular la indecencia y la obscenidad en el ciberespacio, lo cual incluye la pornografía. Lo destacable de esta ley es su Sección 230, la cual otorga inmunidad de responsabilidad a los proveedores de un "servicio informático interactivo" que publica información proporcionada por terceros usuarios: *“Ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será tomado como el editor, creador u orador de cualquier información proporcionada por otro proveedor de contenido de información.”*⁵⁷

Al analizar la inmunidad ofrecida por esta disposición, los tribunales generalmente aplican una prueba que consiste en cumplir tres condiciones para obtener este beneficio de la inmunidad:

1. El demandado debe ser un "proveedor" de un "servicio informático interactivo".
2. La demanda debe basarse en la creencia de que el demandado (el proveedor de un servicio informático interactivo) es el "editor u orador" de la información dañina en cuestión.

⁵⁶ Intermediary Liability, Stanford Law School-Center for Internet and Society
<http://cyberlaw.stanford.edu/focus-areas/intermediary-liability>

⁵⁷ 47 U.S.C.A. § 230 (c)(1)

3. La información debe ser "proporcionada por otro proveedor de contenido de información", es decir, el demandado debe no ser el proveedor de la información dañina en cuestión.⁵⁸

De todas formas pueden surgir situaciones problemáticas, como en el caso *Jones v. Dirty World (W.D. Mo. 2012)*⁵⁹, en el que por primera vez, la Sección 230 del *Communications Decency Act* no sirvió como instrumento para conseguir la inmunidad del portal de internet denunciado. En este caso trata sobre una web llamada “*Dirty World*”, la cual es una especie de red social donde sus usuarios comentan “cotilleos” y “rumores”. En octubre y diciembre de 2009, aparecieron dos publicaciones que incluían fotografías de Jones (la demandante) y la acusaban de promiscuidad e infección de enfermedades de transmisión sexual. Cada publicación fue escrita por un usuario distinto y atribuida anónimamente a “*The Dirty Army*”. Se adjuntó una nota editorial de Richie, el administrador de dicha red. Jones envió varios correos electrónicos a Richie solicitando que se eliminaran las publicaciones. Richie se negó a hacerlo, incluso después de que Jones contratase a un abogado y amenazase con llevar el caso a los tribunales.

Richie y “*Dirty World*” intentaron desestimar el caso por falta de jurisdicción personal y además alegaron que la Sección 230 de la “CDA” otorgaba a “*Dirty World*”, como proveedor de servicios informáticos interactivos, la inmunidad de la demanda sobre el material escrito por terceros y publicados en la web. El tribunal de distrito negó estas mociones y concluyó que al demandado se le podía considerar editor, “al ratificar o adoptar las publicaciones añadiendo comentarios e invitando a añadir material adicional perdería su inmunidad”. Jones ganó el juicio y se condenó a “*Dirty World*” a pagar 38.000\$ en daños compensatorios 300.000\$ en daños punitivos.⁶⁰

7.3.2. *Privacy Online*

Como se ha explicado anteriormente, la regulación de la privacidad en Estados Unidos tiene grandes diferencias si la comparamos con la que existe actualmente en España y demás países de Europa. Por lo tanto, su vertiente online y en redes sociales también es distinta. Como se ha dicho anteriormente, en Estados Unidos no existen

⁵⁸ 47 U.S.C.A. § 230 (d)

⁵⁹ *Jones v. Dirty World Entm't Recordings LLC*, 755 F.3d 398 (6th Cir. 2014)

⁶⁰ Global Freedom of Expression- Columbia University- *Jones v. Dirty World Entm't Recordings LLC*
<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/jones-v-dirty-world-entmt-recordings-llc/>

prácticamente limitaciones impuestas en materia de privacidad por el Estado a las empresas a la hora de establecer sus términos y condiciones.

La “FTC” es la agencia que más importancia tiene en cuanto a la privacidad en las redes sociales y se creó inicialmente para combatir situaciones de monopolio y dar un apoyo a los consumidores. Aunque ésta sigue siendo su principal función, también se ocupa de controlar a las empresas que operan en internet en cuestiones de prácticas desleales o no cumplir con sus propios estatutos.⁶¹ Ante la escasa regulación legal en EEUU sobre la protección de los consumidores, los casos relativos a la “FTC” tienen gran importancia como jurisprudencia sobre la privacidad en internet.

El mayor número de problemas que tienen estas sociedades gestoras de redes sociales son los relacionados con el no cumplimiento de sus propias cláusulas, términos y condiciones, por lo que se podía decir que estaban incumpliendo parte del contrato que suscriben con sus usuarios y consumidores cuando abren una cuenta en una red social.⁶²

Dos casos destacan recientemente sobre el resto debido a la magnitud de las empresas implicadas. El primero es el caso en el que la “FTC” denunció a la compañía Facebook por no cumplir con sus propias políticas de privacidad. El cual finalizó en 2012 con un acuerdo entre Facebook y la “FTC”, declarando que dicha red social engañó a los consumidores al decirles que podrían mantener su información en Facebook privada, y luego permitir que se compartiera y se hiciera pública repetidamente. El acuerdo obligó a Facebook a tomar determinadas medidas para asegurar de que cumple con su compromiso de privacidad en el futuro, lo que incluye: i) Dar a los consumidores un aviso claro y prominente, además de obtener su consentimiento expreso antes de compartir su información más allá de lo autorizado por ellos; ii) Mantener un programa de privacidad integral para proteger la información de los consumidores; iii) Obtener auditorías de privacidad de un tercero independiente.^{63 64}

65

⁶¹ About the FTC- What We Do, Federal Trade Commission

<https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>

⁶² Solove, Daniel J. and Hartzog, Woodrow, The FTC and the New Common Law of Privacy, Columbia Law Review, August 15, 2013. Pags (627-647); GWU Legal Studies Research Paper No. 2013-120; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2013-120.

<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/SSRN-id2312913.pdf>

⁶³ Facebook Inc. v. FTC- Complaint- 10 Agosto 2012, Federal Trade Commission

<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/08/120810facebookcmpt.pdf>

⁶⁴ Facebook Inc. v. FTC- Decision and Order- 10 Agosto 2012, Federal Trade Commission

<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/08/120810facebookdo.pdf>

⁶⁵ PRESS RELEASE: FTC Approves Final Settlement With Facebook, Federal Trade Commission

El segundo caso a destacar es muy similar al anterior. En este caso la compañía denunciada por el “FCT” es “Snapchat”, una red social de gran éxito entre los jóvenes (sobre todo Estados Unidos) que consiste en la creación de chats con otra gente pero con la peculiaridad de que los mensajes o fotos se mandan con un tiempo preestablecido por el usuario, y por lo tanto una vez que pasa ese tiempo, la foto o mensaje desaparece de la conversación. Muchas veces es usado para compartir fotos con cierto contenido sexual entre usuarios ya que la red social promete en sus términos y condiciones que los mensajes desaparecerán completamente. El problema de este caso surge cuando “Snapchat” no cumplió lo establecido en sus términos y condiciones, de forma que los mensajes y fotos, aunque desaparecían de las conversaciones, seguían almacenados en los servidores y bases de datos de la empresa, por lo que técnicamente no habían desaparecido. También negaba en sus estatutos que recogiese la geolocalización de las personas, lo cual sí hacía en la realidad y además, en sus términos, también decía que solo recopilaban al número de teléfono que el usuario proveía (el suyo propio) pero realmente recopilaba toda la información de los contactos que tenía en su teléfono.

Podemos observar un claro supuesto de incumplimiento por parte de una empresa de sus cláusulas de privacidad y uso de los datos de sus usuarios. El caso se resolvió de similar manera que el anterior, con un acuerdo entre las partes que consistió en: i) Prohibir a Snapchat mentir sobre la manera en la que mantiene la privacidad, seguridad o confidencialidad de la información de los usuarios; ii) La compañía deberá implementar un programa integral de privacidad que será supervisado por un profesional de privacidad independiente durante los próximos 20 años. Este acuerdo con Snapchat es parte del esfuerzo continuo de la FTC para garantizar que las empresas comercialicen sus aplicaciones de manera veraz y mantengan sus compromisos de privacidad para los consumidores.^{66 67 68}

Como ya expusimos, una de las pocas leyes importantes de privacidad sobre los usuarios de la red es “*Children’s Online Privacy Protection Act*” (en adelante “COPPA”), cuyo principal objetivo es proteger la privacidad de los menores en internet

<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/08/ftc-approves-final-settlement-facebook>

⁶⁶ Snapchat Inc. v. FTC- Complaint- 31 Diciembre 2014, Federal Trade Commission

<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/141231snapchatcmt.pdf>

⁶⁷ Snapchat Inc. v. FTC- Decision and Order- 31 Diciembre 2014, Federal Trade Commission

<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/141231snapchatdo.pdf>

⁶⁸ PRESS RELEASE: FTC Approves Final Order Settling Charges Against Snapchat, Federal Trade Commission

<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/12/ftc-approves-final-order-settling-charges-against-snapchat>

y que fue desarrollada en el año 1998 por el “FTC”. La Regla COPPA original de la “FTC” entró en vigor el 21 de abril de 2000 y fue modificada el 19 de diciembre de 2012.

El objetivo principal de “COPPA” es que los padres ostenten el control sobre la información que se recopila de sus hijos menores de 13 años en la red. Esta norma se aplica a:

“Los operadores de sitios web comerciales y servicios en línea (incluidas las aplicaciones móviles) que se dirijan a niños menores de 13 años que recopilan, utilizan o divulgan información personal de éstos; también a operadores de sitios web de audiencia general que tienen el conocimiento real de que están recopilando, usando o divulgando información personal de niños menores de 13 años; y por último a los sitios web o servicios en línea que tienen conocimiento real de que están recopilando información personal directamente de los usuarios de otro sitio web o servicio en línea dirigido a niños.”⁶⁹

Los operadores afectados por esta norma deben:

1. Publicar una política de privacidad clara y completa que describa las prácticas de recogida y recopilación de información personal de menores de 13 años.
2. Proporcionar un aviso directo a los padres y obtener el consentimiento verificable de éstos, con excepciones limitadas, antes de recopilar información personal en línea de menores de 13 años.
3. Ofrecer a los padres la opción de dar su consentimiento a la recopilación y uso interno de la información de su hijo por parte del operador pero prohibir que el operador divulgue dicha información a terceros, a menos que la divulgación sea parte integral del sitio o servicio, en cuyo caso, esto debe quedar claro para los padres.
4. Proporcionar a los padres acceso a la información personal de sus hijos para revisar y si es necesario eliminar información.
5. Brindar a los padres la oportunidad de evitar el uso futuro o la recopilación en línea de la información personal de un niño.
6. Mantener la confidencialidad, seguridad e integridad de la información que recopilan de los menores de 13 años, incluso mediante la adopción de medidas razonables para divulgar dicha información solo a las partes capaces de mantener su confidencialidad y seguridad.
7. Conservar la información personal recopilada en línea de un niño solo durante el tiempo que sea necesario para cumplir con el propósito para el que fue

⁶⁹ 16 C.F.R. § 312.2

recopilada y elimine la información utilizando medidas razonables para protegerse contra su acceso o uso no autorizado.⁷⁰

Si nos fijamos, podemos observar que esta ley esta íntimamente relacionada con las clausulas de Instagram y Twitter estudiadas anteriormente. Esta ley condiciona los términos y condiciones de estas compañías a nivel mundial (ya que usan sus términos y condiciones de Estados Unidos para el resto de países en los que operan). Se puede observar claramente como ambas redes sociales limita la edad mínima de sus usuarios a 14 años, con el objetivo de evitar las restricciones establecidas en la “COPPA”.

En definitiva, el desarrollo legislativo de Estados Unidos en cuando a privacidad online es mucho más escaso que en Europa, las empresas no tienen prácticamente limitaciones a la hora de establecer sus propios términos y condiciones en cuestiones de privacidad y la regulación viene principalmente de la “FTC” y de la jurisprudencia de los tribunales federales y estatales, la cual por ahora es muy reducida. Esto es debido a que la mayoría de casos se resuelven por un acuerdo entre las partes, como hemos podido comprobar en los dos analizados anteriormente. Se debe destacar que dichos casos tienen un denominador común, el problema de las empresas nace por el incumplimiento de sus propias clausulas, no por establecer clausulas que la ley puede prohibir por ser considerarlas abusivas para el consumidor, como sucede en España

⁷⁰ Complying with COPPA: Frequently Asked Questions, Federal Trade Commission (Disponible en <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/complying-coppa-frequently-asked-questions#General%20Questions>)

8. CONCLUSIONES

Como consecuencia de que España sigue el derecho continental de tradición romana germánica y en EEUU la “common law” de tradición anglosajona, las diferencias entre la regulación de los contratos de las redes sociales son diferentes. Al mismo tiempo debemos tener presente que en EEUU es un sistema esencialmente liberal, en que el Estado interviene en lo mínimo posible y en el que un principio rector de todo su sistema económico y jurídico es el libre mercado, que se concreta en que las partes tienen una libertad casi absoluta para contratar (“*self surveillance*”) y casi sus únicas limitaciones son la Constitución, sus enmiendas, la equidad y la jurisprudencia (precedentes).

Nos encontramos pues antes un mismo contrato – prácticamente se diferencia en solamente en el idioma – y dos legislaciones en apariencia totalmente diferentes.

En ambos países el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental constitucionalmente reconocido.

En España las fuentes del derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, por lo que se han dictado distintas leyes (la mayoría transposición de normativa comunitaria) que pretenden proteger a los ciudadanos de la posición dominante de las redes sociales tanto en el momento de la contratación, como en su posterior desarrollo. La jurisprudencia se limita a aplicar dichas leyes e interpretarlas al supuesto concreto que se plantea. Sin embargo, en EEUU apenas existen leyes y el reconocimiento del derecho a la propia imagen y su desarrollo tenemos que buscarla en la labor de los tribunales a través de los precedentes.

En EEUU existe una ley (*Children’s Online Privacy Protection Act*) que protege a los menores de 13 años y un organismo similar a la Agencia de Protección de Datos, la “*Federal Trade Commission*” (FTC), la cual en su sección 230 otorga inmunidad de responsabilidad a los proveedores de un “servicio informático interactivo” que publica información proporcionada por terceros usuarios, similar a lo establecido en los artículos 14 a 17 de nuestra Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En todo caso, analizando la jurisprudencia de uno y otro país vemos que la inquietud de proteger los derechos de los ciudadanos y, en especial, el derecho a la propia imagen frente a las poderosas sociedades titulares de las redes sociales es común.

Retomando lo expuesto en la introducción, podemos concluir que en relación con la protección del derecho a la propia imagen y los contratos de adhesión a las redes sociales, parece absurdo pretender mantener regulaciones diferentes para contratos iguales, relaciones iguales y que pretenden proteger a la misma parte en el contrato: los ciudadanos usuarios de las redes sociales.

Como propuestas para armonizar la regulación en los distintos países y aumentar con ello la protección a los usuarios nos atrevemos a proponer:

- Lo que se ha venido a denominar “soft law” que son textos normativos elaborados por instituciones supraestatales como la ONU y que tratan de aglutinar las distintas tradiciones jurídicas del *common law* y del derecho continental.
- Un acercamiento entre ambos sistemas que permita la aplicación a las sociedades que gestionan redes sociales de los daños punitivos (“indemnización económica de carácter extraordinario y ejemplarizante que se dirige más allá de la mera reparación del daño causante y que se suma a ésta”). Dentro de las cinco sociedades de mayor capitalización bursátil del mundo se encuentran las sociedades de internet, es pues evidente la diferencia posición contractual que existe entre estas sociedades y los usuarios. No habrá para estas sociedades un verdadero estímulo de cumplimiento de sus obligaciones para con sus usuarios si no se establece una indemnización ejemplarizante. En EEUU existe la posibilidad de los daños punitivos y no así en España, pero “la evidencia de que, en muchos casos el beneficio obtenido por tales conductas supera con creces la cuantía de las indemnizaciones que se derivan de ellas, hace necesaria una profunda reflexión, conjunta entre las ramas civil y criminal, que pueda conducir a la potencial articulación de mecanismos mixtos que aúnen la finalidad preventiva y resarcitoria”⁷¹ “Y siendo conscientes que en España no es posible la imposición de daños punitivos”⁷² “ante un daño moral no puede minimizarse su capitalización, sino que habrá de buscar, sin necesidad de forzar un mayor precio por la vía de los daños punitivos, una mayor realización de justicia con la traducción en costes lógica frente el daño grave producido”.

⁷¹ Orozco González, Margarita: “La controvertida figura de los daños punitivos desde una perspectiva europea y nacional: una visión comparada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11/2018.

⁷² Escribano Tortajada, P. “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales”, *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*, Edit. Dykinson, p. 82.

Finalizaremos el presente trabajo con una cita que hemos obtenido de la lectura de un diario de tirada nacional justo en las fechas en que lo que estábamos acabando: “El cambio técnico es como un potro joven lleno de energía. Si se le deja libre, producirá grandes destrozos. Pero si se le cincha y gobierna, contribuirá de forma extraordinaria al progreso social. Hay que volver a tomar el control social y político de la tecnología”⁷³.

⁷³ Antón Costas; “Entusiasmos y desencantos”; *El País-Negocios*, domingo 31 de marzo de 2019, pg. 16.

9. BIBLIOGRAFÍA

About the FTC- What We Do, Federal Trade Commission .

Obtenido el 5 de marzo de <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>.

Arias Pou, María: “Régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de información”. *La ley* 3036/2007.

Azurmendi, Ana : “¿Es intromisión ilegítima publicar una foto de Facebook sin consentimiento” *Actualidad Jurídica Aranzadi* num 928/2017.

Botana García y Gema Alejandra, “Comentario al nuevo texto refundido de la ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”. *La Ley* 11243/2009.

California Constitution/ Constitución de California.

Castán Tobeñas, J. :*Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo 1, Volumen II, Edit. Reus, 1987.

Cobas Cobiella, M.E.: “Protección post mortem de los derechos de la personalidad. Algunas notas sobre el tema”; en *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Edit. Aranzadi; numero 9; pg. 199.

Chaparro Matamoros, P.: “El derecho a la propia Imagen. Especial referencia a los menores de edad”; *Revista Doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil* num.10/2014.

Complying with COPPA: Frequently Asked Questions, Federal Trade Commission

Obtenido el 27 de marzo de <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/complying-coppa-frequently-asked-questions#General%20Questions>.

Costas, Antón: “Entusiasmos y desencantos”; *El País-Negocios*, domingo 31 de marzo de 2019.

Chaparro Matamoros, Pedro: “El derecho a la propia Imagen. Especial referencia a los menores de edad”; *Revista Doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil* num.10/2014

Del Barrio, Natalia: *La Jurisprudencia en el common law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Edit. Aranzadi.

de Castro y Bravo, Federico: “Derecho Civil de España”, Tomo II, Editorial Thomson – Civitas; Temas de Derecho Civil, “Derecho de la Persona”, Parte Primera, “La persona y su estado civil” Tomo II.

Decreto 744/1967, de 13 de abril (BOE Núm. 90, de 15/04/1967).

Derecho a la privacidad: Autonomía personal, Law Cornell School Legal Information

Obtenido el 25 marzo de 2019:

https://www.law.cornell.edu/wex/es/derecho_a_la_privacidad_autonomía_personal

Díez – Picazo, I. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I. Introducción. Teoría del contrato*, Edit. Thomson Civitas, 1983.

de Verda y Beamonte. J.R y Soriano Martínez, E.: “El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”; *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Editorial Aranzadi, número 9.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000.

D'ors, Álvaro: *Derecho Romano*, Edit. Eunsa.

Estatuto de Publicidad (BOE, Núm. 143, de 15 de junio de 1964, páginas 7804 a 7808).

Escribano Tortajada, Patricia: “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales” de *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el Siglo XXI*, Edit. Dykinson.

Facebook Inc. v. FTC- Complaint- 10 Agosto 2012, Federal Trade Commission

Obtenido el 4 de marzo de

<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/08/120810facebookempt.pdf>

Facebook Inc. v. FTC- Decision and Order- 10 Agosto 2012, Federal Trade Commission.

Obtenido el 4/3/19 de:

<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/08/120810facebookdo.pdf>

González de Tejada, M.L. “Los derechos digitales en la Ley Orgánica 3/2018”, La Ley 15176/2018.

Grimalt Servera, P. “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la Información”, *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Edit. Aranzadi, 2011.

Griswold v. Connecticut Co., 131 Conn. 248, 38 A.2d 676 (Conn. 1944). WestLaw

Gutiérrez David, Estrella: “Intimidad y propia imagen: los ecos de la *common law* americano y la evolución de la jurisprudencia constitucional española”

Obtenido el 30 de marzo de 2019 de:

dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4330058.pdf

Indianan Right to Publicity Law, Digital Media Law

Obtenido el 21 marzo 2019 de:

<http://www.dmlp.org/legal-guide/indiana-right-publicity-law>

INTECO Agencia de Protección de Datos. *Estudios sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line*. Febrero 2009;

Obtenido el 27 de febrero 2019 de: www.inteco.es/file/vuiNP2GN2NuMinjvyZnPW2w).

Intermediary Liability, Stanford Law School-Center for Internet and Society

Obtenido el 21/3/19 de:

<http://cyberlaw.stanford.edu/focus-areas/intermediary-liability>

"Invasion of Privacy Law & Legal Definition", US Legal.

Obtenido el 20 de marzo de 2019 de:

<https://definitions.uslegal.com/i/invasion-of-privacy/>

Jones v. Dirty World Entm't Recordings LLC, Global Freedom of Expression- Columbia University

<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/jones-v-dirty-world-entmt-recordings-llc/>

Obtenido el 25/3/19 de:

Jones v. Dirty World Entm't Recordings LLC, 755 F.3d 398 (6th Cir. 2014). WestLaw

Indianan Right to Publicity Law, Digital Media Law

Obtenido el 8 de marzo de 2019 de:

<http://www.dmlp.org/legal-guide/indiana-right-publicity-law>

Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta (BOE Núm. 67, de 19/03/1966).

Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación (BOE 89 de 14 de abril de 1998).

Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (BOE 166 de 12 de julio de 2002).

Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de 2015 por la que se reforma el Código Penal (BOE 31 de marzo 2015)

Ley orgánica 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE 115, 14 de mayo de 1982)

Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (BOE» núm. 294, de 6 de diciembre de 2018)

Librado Oriente, “¿Pueden utilizarse por terceras personas tus fotos publicadas en redes sociales?” *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 945/2018.

Mesía de la Cerda Ballesteros, Jesús Alberto. “El tratamiento de los datos personales que el interesado hubiese hecho manifiestamente públicos. Especial atención a las redes sociales”. *La Ley* 4473/2018.

O'Callaghan, *Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen*, Vol. I, Madrid 1992, Ministerio de Justicia.

Olson, Theodore B.: Remembering Marbury v. Madison, 7 Green Bag 2d 35, 36 (2003). WestLaw

Orozco González Margarita: “La controvertida figura de los daños punitivos desde una perspectiva europea y nacional: una visión comparada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11/2018.

Orti Vallejo, Antonio: “Concepto de incumplimiento de contrato, exoneración e incumplimiento justificado (De los textos decimonónicos a los de soft law)” . *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil* núm. 7/2016.

PRESS RELEASE: FTC Approves Final Order Settling Charges Against Snapchat, Federal Trade Commission, 31 December 2014

Obtenido el 14/3/19 de:

<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/12/ftc-approves-final-order-settling-charges-against-snapchat>

PRESS RELEASE: FTC Approves Final Settlement With Facebook, Federal Trade Commission, 10 Agosto 2012.

Obtenido el 14/3/19 de:

<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/08/ftc-approves-final-settlement-facebook>

William Prosser , "Privacy" ,Wayback Machine, California Law Review (Vol 48, No. 3, pp. 383–423), 19 de Octubre de 2019

Obtenido el 21/3/19 de:

https://web.archive.org/web/20131019050717/http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser_privacy.pdf

Roe v. Wade, 410 U.S. 959, 93 S. Ct. 1409, 35 L. Ed. 2d 694 (1973). WestLaw

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 287 30/11/2007).

Reglamento (UE) 679/2016, de 27 de abril de 2016 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (DOCE 4 de mayo de 2016)

Salas Carceller, Antonio, Magistrado del TS: “Derecho fundamental a la propia imagen”. Comentario a la Sentencia del TS, Sala Primera, núm. 91/2017, de 15 de febrero, revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2017.

Sentencia 88/2017 de 10 Mar. 2017, Rec. 543/2016 Ponente: Fernández-Montells Fernández, Antonio Miguel, Aranzadi, AC 2017/838.

Sentencia 99/1994 de 11 de abril. Sala 1ª, Aranzadi RTC 1994/99

Sentencia de 12 de enero de 2018 del Juzgado de Primera Instancia número siete de Santander; juicio ordinario 1322/2016; Aranzadi Jur\2018\18466

Sentencia Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, número 316/2013 de 19 de septiembre, Aranzadi AC 2013/1782

Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, nº 285/2010 de 30 de junio, Aranzadi AC 2010/304046

Sentencia 51/2018 de 29 de enero de 2018, Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Rec. 742/2017; La Ley 14211/2018

Sentencia del TS, Sala 1ª 476/2018 de 20 de julio; Aranzadi RJ 2018/2832.

Sentencia del TS, Sala 1ª, 91/2017 de 15 de febrero, Aranzadi RJ 2017/302

Sentencia del TS nº 1045/2011 de 14 de octubre de la sala de lo penal. Aranzadi, RJ 2011/7488.

Servicios de Instagram, Términos y Condiciones de Instagram, Facebook Inc.

Obtenido el 23/3/19 de:

<https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511>

Sharp, Tim: Right to Privacy: Constitutional Rights & Privacy Laws- Live Science, 12 de Junio 2013

Obtenido el 20/3/19 de:

<https://www.livescience.com/37398-right-to-privacy.html>

Shoshana Zuboff (2018) “La era del capitalismo de vigilancia. La lucha por un futuro humano en la nueva frontera del poder”; Comentario a la obra obtenida de “Le Monde Diplomatique”, Enero – Febrero 2019; también en “El Salto” de Uvegeny Morozov

Snapchat Inc. v. FTC- Complaint-, Federal Trade Commission, 31 December 2014,

Obtenido el 27/3/19 de:

<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/141231snapchatcmpt.pdf>

Snapchat Inc. v. FTC- Decision and Order, Federal Trade Commission, 31 December 2014

Obtenido el 27/3/19 de:

<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/141231snapchatdo.pdf>

Solove, Daniel J. and Hartzog, Woodrow, The FTC and the New *Common Law* of Privacy, Columbia Law Review, August 15, 2013. GWU Legal Studies Research Paper No. 2013-120; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2013-120.

Obtenido el 28/3/19 de:

<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/SSRN-id2312913.pdf>

1. Quien puede hacer uso de los servicios, Términos de Servicio de Twitter, Twitter Co

Obtenido el 23/3/19 de:

https://cdn.cms-twdigitalassets.com/content/dam/legal-twitter/site-assets/privacy-policy-new/Privacy-Policy-Terms-of-Service_ES.pdf

16 Code of Federal Regulations of the United States. Sección 312. C.F.R. § 312.2. Westlaw

47 United States Code. Section 230 (.U.S.C.A. § 230). WestLaw

