



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magíster en Derecho y Nuevas Tecnologías

DERECHO A LA PRIVACIDAD EN REDES SOCIALES
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL CASO FRALEY V. FACEBOOK, INC

Autor: Dámaso Duhalde Quintanilla

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Profesor Guía: Salvador Millaleo Hernández

Santiago de Chile

Septiembre 2017

| | |
|--|-----|
| 1.1. PRESENTACIÓN DEL CASO FRALEY V. FACEBOOK, INC. | 10 |
| 1.1.1. ESTÁNDARES LEGALES DE FORMA..... | 19 |
| 1.1.2. CUESTIONES RELATIVAS A LA PRUEBA..... | 23 |
| 1.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL DEMANDANTE..... | 25 |
| 1.2.1. LEY DE DERECHO DE PUBLICIDAD DE CALIFORNIA..... | 28 |
| 1.2.2. EXCEPCIÓN DE INTERÉS PERIODÍSTICO, CONSENTIMIENTO Y PERJUICIO..... | 30 |
| 2.1. PRIVACIDAD Y ORIGEN DEL DERECHO DE PUBLICIDAD. | 40 |
| 2.1.1. EL DESARROLLO DEL DERECHO DE PUBLICIDAD COMO UN AGRAVIO APARTE. | 48 |
| 2.1.2. LEY DE DERECHO DE PUBLICIDAD DE CALIFORNIA. | 52 |
| 2.2. TENSIÓN ENTRE PRIVACIDAD E INTERÉS PERIODÍSTICO..... | 54 |
| 2.2.1. DIFERENTES ESTÁNDARES DE INTERÉS PERIODÍSTICO PARA PERSONAS PRIVADAS VERSUS FIGURAS PÚBLICAS..... | 56 |
| 2.2.2. CODIFICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INTERÉS PERIODÍSTICO EN EL ART 3344(D) Y LA EXPANSIÓN A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA. | 58 |
| 2.2.2. PERJUICIO..... | 123 |
| 3.1. MARKETING EN REDES SOCIALES EN LÍNEA..... | 89 |
| 3.2. C.COHEN V. FACEBOOK: ABRIENDO LA PUERTA A UN DAÑO NO ECONÓMICO PARA NO CELEBRIDADES EN CASOS DE DERECHO DE PUBLICIDAD..... | 95 |
| 4.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ARTÍCULO III. | 99 |
| 4.2. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LA LEY DE CALIFORNIA..... | 109 |
| 4.2.1. INTERÉS PERIODÍSTICO Y CONSENTIMIENTO | 113 |
| 5.1.1. IMPLICANCIAS DEL INTERÉS PERIODÍSTICO PARA EL DERECHO DE PUBLICIDAD Y PARA LOS DAÑOS POR PRIVACIDAD Y DIFAMACIÓN..... | 141 |
| 5.1.1. INCLUYENDO EL ENFOQUE NO ECONÓMICO DE DAÑOS. | 136 |
| 5.2. IMPLICANCIAS DE LA TENSIÓN ENTRE PRIVACIDAD E INTERÉS PERIODÍSTICO. | 139 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 150 |
| CAPÍTULO..... | 5 |
| CAPÍTULO 4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. | 98 |
| CAPÍTULO 5 CRÍTICAS E IMPLICANCIAS..... | 132 |
| CAPITULO II: DOCTRINA SOBRE DERECHO DE PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD. | 38 |
| CONCLUSIÓN..... | 145 |
| INTRODUCCIÓN..... | 3 |
| PRESENTACIÓN DEL CASO FRALEY V. FACEBOOK, INC. | 10 |
| RESUMEN..... | 2 |

RESUMEN

En el año 2011, un grupo de usuarios miembros de la red social en línea Facebook presentaron una demanda colectiva alegando que la práctica publicitaria de las historias patrocinadas viola el Derecho de publicidad de la ley de California. Esta práctica de marketing social, consistía en exhibir los nombres e imágenes de perfil junto a la aprobación comercial de ciertos productos o servicios, en publicidades dirigidas a sus amigos registrados.

Facebook es una red social que suma usuarios alrededor de todo el mundo - incluyendo a nuestro país - y por ende no podemos estar ajenos a discutir sobre el tema. Es por esto que se ha de proponer un proyecto de análisis jurisprudencial del caso *Fraley v. Facebook* que tendrá como fin extraer cual es el esquema de protección que otorga el Derecho legal de publicidad del Estado de California a las personas. En ésta obra, se proporcionará un breve recorrido doctrinario y jurisprudencial para ayudar a entender cómo funciona la protección del Derecho legal de publicidad de los usuarios en éste caso y compararlo con un enfoque más armónico de las fuentes de daño sufrido por las personas.

INTRODUCCIÓN

El acelerado desarrollo de las nuevas tecnologías en las últimas décadas, ha desafiado al Derecho a por nuevas respuestas a la pregunta de cómo fenómeno del internet se relaciona con la privacidad de sus usuarios. La aparición de las redes sociales en línea ha provocado algunas externalidades negativas que conviene investigar y en particular se quiere proponer un análisis sobre la relación entre la red social línea Facebook y la privacidad de los usuarios representada por las implicancias que produce la apropiación indebida del nombre de imagen de un usuario miembro con fines publicitarios.

Facebook es una red social que suma usuarios alrededor de todo el mundo - incluyendo a nuestro país - y por ende no podemos estar ajenos a discutir sobre el tema. Es por esto que se ha de proponer un proyecto de análisis jurisprudencial del caso *Fraley v. Facebook 2011*¹ que tendrá como fin extraer cual es el esquema de protección que otorga el Derecho legal de publicidad del Estado de California a las personas, sobre todo a las que no poseen la calidad de celebridad o figura pública. Para ayudar a entender cómo funciona la protección del Derecho legal de publicidad de los usuarios en éste caso, se proporcionará un breve recorrido doctrinario y jurisprudencial. Este comienza con su génesis - como una especie particular de agravio al Derecho Constitucional de la privacidad - para crecer y madurar en un tipo de perjuicio

¹ 2011, "Fraley v. Facebook, Inc. | Cases | California | Westlaw", [en línea] <<https://1-next-westlaw-com.uchile.idm.oclc.org/Document/119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3D119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopeld=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>> [consulta: 25 de mayo de 2017].

aparte y autónomo, e incluso codificado a nivel legal como es el caso del estado de California en los Estados Unidos.

Una vez comprendido el enfoque de la Corte de Fraley y el de la Doctrina de Derecho de publicidad, éste se contrastará el tratamiento que hace la doctrina norteamericana que intenta incluir una idea de un daño más inclusivo que el planteado en el caso.

El Problema jurídico a plantear será el siguiente: ¿Cuál es el esquema de protección de la privacidad contenido en el Derecho legal de publicidad de California aplicado en el caso *Fraley v. Facebook*?

La investigación, cuyos resultados se exponen acá, se dispondrá a comprobar o refutar la siguiente hipótesis:

La protección que otorga el Derecho de Publicidad de California en el caso *Fraley v. Facebook inc.* se ve condicionada al requisito de que los demandantes puedan demostrar un perjuicio fundamentado en el valor comercial asociado a la identidad o imagen de su persona, el que se ve influido por detentar o no la calidad de celebridad.

Para esta investigación se utilizará la técnica del análisis jurisprudencial, cuyo parámetro rector será la comparación entre el enfoque de la corte del caso Fraley respecto del Derecho de publicidad con uno idealmente más inclusivo planteado por la doctrina.

1. CAPÍTULO I. PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El propósito de este capítulo es presentar los hechos del caso, junto con los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales que guían la decisión. La discusión se centra en como los demandantes deben mostrar en su pretensión que en los hechos y en calidad de usuarios de Facebook, se ha causado un perjuicio a su privacidad al utilizar sus nombres e imágenes de perfil sin su aparente autorización en publicidad dirigida.

En enero del año 2011, la red social Facebook aplicó en su plataforma lo que se conoce como “Historias patrocinadas” (“*Sponsored Stories*”²). Este sistema de publicidad dirigida utiliza los “me gusta” (“*Likes*”³) que los usuarios daban a cierto contenido alojado en el sitio web de la red social, para luego usarlos como herramienta. Su uso consistía en utilizar la aprobación del usuario de un determinado producto, bien o servicio, y ofrecerlo en publicidades dirigidas a los amigos o familiares que aquel tuviese registrado en la red social. Es de señalar que en cuanto entró a correr este servicio, a los usuarios se les marcó por defecto la aprobación de usar los gustos expuestos, por lo que para que deje de funcionar la susodicha función, se ha de tomar conocimiento y tomar acción en ello.

Desde ya se puede ver la relevancia de la actualización de los términos de uso de la plataforma y la forma en la que se les notificó e informó a los usuarios en el momento en que comenzó a funcionar este sistema. Esto junto al propósito comercial de las historias patrocinadas serán algunos de los temas a analizar por el fallo en cuestión.

² KOEHLER, Jesse. 2013. “‘Fraley v. Facebook’: The Right of Publicity in Online Social Networks” [en línea]. Berkeley Technology Law Journal 28: 963–1001. <http://www.jstor.org.uchile.idm.oclc.org/stable/24122042?seq=1#page_scan_tab_contents> [consulta: 25 mayo de 2017]

³ *ibid.* p. 964

Por otro lado, es posible detectar que una fracción importante de estos “me gusta” son utilizados para acceder a contenido relacionado a bienes o servicios. En este sentido, se podría sospechar que los gustos de las personas son una especie de “moneda de cambio” para obtener acceso a contenido dentro de la plataforma web de la red social.

Debido a que los usuarios se pueden unir gratis a Facebook, el sitio se mantiene a través de las ganancias generadas por las ventas de publicidad dirigida, como lo son las historias patrocinadas. Así, las empresas de publicidad pagan a Facebook por estas publicidades del tipo de las historias patrocinadas, en búsqueda del importante valor que tiene una referencia de confianza⁴.

Preliminarmente, es posible extraer que las ganancias del sitio provienen de la venta de espacios publicitarios. A grandes rasgos, éstos son dirigidos manera general e indistinta a cada usuario. Sin embargo, las historias patrocinadas son un tipo especial de publicidad que propone un esquema publicitario a la medida de cada usuario, toda vez que las publicidades protagonizadas por los usuarios son exhibidas a estos mismos y generadas a base de lo que aparentemente son sus gustos.

En vista de lo expuesto, un grupo de usuarios de Facebook interpusieron una demanda colectiva en el Distrito Norte de California - caratulado *Fraley v, Facebook* – alegando que el sitio web en cuestión se apropió de manera indebida de sus fotos de perfil e imágenes, para luego utilizarlas en publicidades pagadas, sin su consentimiento previo. Específicamente los demandantes alegan que Facebook ha violado el su derecho de publicidad emanado del artículo 3344 del Código Civil de California, toda vez que

⁴ Ibid. p. 964

Facebook ha usado a sus usuarios como voceros de varios productos sin mediar aviso ni remuneración alguna⁵.

Del relato hasta ahora, aparece un concepto poco familiar llamado Derecho de publicidad, el cual será conceptualizado dentro de este trabajo. Por lo pronto, se le puede entender como una representación legal muy específica del Derecho a la privacidad. Así, tanto como el derecho a la privacidad como el de publicidad comparten la administración del nombre e imagen de la persona, así como el consentimiento requerido para su gestión por terceros.

Como respuesta a lo anterior, Facebook se defiende esgrimiendo la excepción de interés periodístico de la letra (d) del mismo artículo 3344. El fundamento de su argumento, corresponde a la idea de que los demandantes son una suerte de “celebridad” para con sus propios amigos registrados y usuarios de la red social Facebook, y por ende son sujetos de interés público dentro de esa misma audiencia. Sin embargo veremos que la Corte no se deja seducir fácilmente por este argumento y concluye que incluso las acciones que merecen ser de interés público y que provienen de aquellas “celebridades”, caen fuera de la protección de la excepción del art. 3344 (d), en cuanto el discurso es publicado con fines comerciales⁶.

Vemos que el enfoque de la Corte para analizar el argumento tiene que ver con el propósito por el cual es publicado el discurso, en este caso la publicidad dirigida en el servicio de historias patrocinadas resulta una ganancia cuantificable para el demandado por lo que clave aquí es sentar un nexo entre este beneficio económico cuantificable y el daño causado a los demandantes a costa de este servicio publicitario.

Como resultado de este nexo, la Corte estimará que los argumentos de la apropiación indebida del demandante establecen de manera apropiada un

⁵ Ibid. p. 964

⁶ Ibid. p. 964

perjuicio patrimonial y en parte no dará a lugar la moción solicitada por Facebook para desestimar la pretensión por faltar a establecer una pretensión. Sin perjuicio del fallo de la Corte, las partes llegaron un acuerdo, terminando con Facebook pagando \$20 millones de USD por sus violaciones a gran escala del Derecho de la Publicidad⁷.

La demanda sobrevivió la moción para desestimar, ya que la juez del distrito Lucy H. Koh determinó que los demandantes hicieron una proyección preliminar de un perjuicio económico proveniente del uso no autorizado de su información personal.⁸

Veremos que esta decisión es armoniosa con el acuerdo al cual llegaron las partes y esto es así puesto que las partes han llegado a un acuerdo indemnizatorio cuyo monto contempla la compensación estipulada en la ley de derecho de publicidad de California.

La brújula que guiará el análisis del caso propuesto, será la tensión entre la privacidad y el interés periodístico, representado por la forma en que el derecho de publicidad se ve requerido por dos fuerzas, dos conceptos que al ser opuestos entran en conflicto.

El análisis del fallo permite examinar al derecho de publicidad en su enfoque legal, limitado al daño económico aplicado. Adicionalmente, se revelará un enfoque de tipo no económico, exponiendo y evaluando las implicancias y aplicabilidad de tal alternativa. Para terminar, la tensión entre privacidad e interés periodístico tiene como escenario contextual a las nuevas tecnologías –

⁷ Ibid. p. 964

⁸ GREA, FRANCESCA. 2014. "To Like Or Not to Like: Fraley V. Facebook's Impact On California's Right Of Publicity Statute In the Age of Internet". [En línea] Loyola Los Angeles Law Review. < digitalcommons.lmu.edu/ljr/vol47/iss3/7/ "> [consulta: 14 de septiembre 2017].

en específico las redes sociales en línea – y a como se desenvuelve esta tensión en los nuevos tipos de foros que el internet provee⁹.

Se puede observar que existe tanto un enfoque económico y no económico del perjuicio a la privacidad. El primero corresponde al acercamiento tomado por la Corte en su fallo del caso Fraley y corresponde a la cuantía económica de las ganancias obtenidas por el demandado a costa del nombre e imágenes de sus usuarios. El segundo corresponde a una doctrina norteamericana que intenta conciliar ambos enfoques del daño, reconociendo daños en la reputación de la persona, angustia mental, emocionales y que se expondrá durante el siguiente capítulo.

Principios y reglas en los cuales se fundamenta la decisión del caso¹⁰.

- La Corte expone que únicamente ha de tomar conocimiento judicial del documento que explica los Derechos y Responsabilidades del sitio web de la red social y de sus miembros, por ende, no tomará conocimiento de los términos de uso y del centro de ayuda del sitio web.
- Los demandantes tienen la legitimación necesaria del Artículo III para interponer una demanda colectiva.

⁹ KOEHLER, JESSE. 2013. “Fraley v. Facebook’: The Right of Publicity in Online Social Networks”. [en línea]. Berkeley Technology Law Journal 28: 963–1001. <http://www.jstor.org.uchile.idm.oclc.org/stable/24122042?seq=1#page_scan_tab_contents> [consulta: 25 mayo de 2017]. p. 965

¹⁰ 2011 “Fraley v. Facebook, Inc. | Cases | California | Westlaw”. [en línea] <<https://1-next-westlaw-com.uchile.idm.oclc.org/Document/119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3D119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopelId=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>> [consulta: 25 de mayo de 2017]

- La ley de decencia en las comunicaciones no será tomada en consideración por el tribunal.
- La acción interpuesta no cae dentro de la excepción de interés periodístico de la Ley de Derecho de Publicidad de California.
- La demanda cumple de manera satisfactoria la necesidad de alegar un perjuicio, tal y como es requerido para interponer una acción por apropiación indebida bajo la Ley de Publicidad de California.
- El demandante cumple con las exigencias para demandar bajo la ley de libre competencia.
- La acción de enriquecimiento sin causa no posee objeto ni causa para sobrevivir de manera autónoma.

La moción del demandado para desestimar fue aceptada en parte y desestimada en otra.

1.1. PRESENTACIÓN DEL CASO FRALEY V. FACEBOOK, INC.

Tribunal del distrito de California, división de San José, Estados Unidos.

Angel Fraley y otros en contra de Facebook, Inc.

Caso número. 11–CV–01726–LHK.

Diciembre 16, 2011.

Facebook.com es una red social que está compuesta por cientos de millones de usuarios a lo largo del planeta. De todos sus miembros, un grupo de usuarios presentó una demanda colectiva a nivel estatal en contra el dueño del sitio web. Su pretensión se funda en que una de sus prácticas de publicidad ha de constituir apropiación indebida, infracción contenida en la ley de California del Derecho de Publicidad, además de ser una infracción a la Ley de Libre Competencia y a la doctrina del enriquecimiento sin causa.¹¹

¹¹ Ibid p. 1

Esta actividad consistía en utilizar los nombres e imágenes de los miembros de la red social y la aseveración de que ellos gustaban de ciertos anuncios publicitarios. Luego, este conjunto era dirigido a otros usuarios amigos del sitio en forma de publicidad. El demandado en su defensa, solicitó el cambio de jurisdicción y que posteriormente se desestime la acción interpuesta.¹²

Facebook, Inc. es propietario y opera www.Facebook.com, un sitio de internet que es una red social con alrededor de 600 millones de miembros en el mundo y cerca de 153 millones de miembros en los Estados Unidos. Debido a que las personas se pueden unir de manera gratuita al sitio, la red social obtiene financiamiento a través de las ganancias obtenidas de las ventas provenientes de publicidades dirigidas a sus usuarios miembros¹³.

En particular, es una de las prácticas de publicidad la que está en tela de juicio: las historias patrocinadas. Este método publicitario consiste en que dentro de la página web del miembro de Facebook se publicita otro nombre, imagen de perfil y la aseveración de que tal persona gusta de una publicidad, emparejada con el logo de la marca del anunciante. La persona que protagoniza el anuncio necesariamente será un amigo registrado y aceptado del usuario miembro.¹⁴

Para ilustrar el funcionamiento de Historias Patrocinadas se proporcionará un ejemplo. Imaginemos que un miembro A de Facebook gusta de trotar y lleva un tiempo en ello. Mientras navega en la plataforma web de la red social en cuestión, se encuentra con un anuncio de zapatillas deportivas de una marca fácilmente reconocible en el mercado. Este miembro justo necesita un par nuevo y se ofrece un 15% de descuento al comprarlo a través de éste anuncio. Pero hay una condición que es fundamental: el usuario debe darle al botón “me gusta” del contenido expuesto para poder continuar con la compra y obtener el

¹² *Ibíd.* p. 1

¹³ *Ibíd.* p. 8

¹⁴ *Ibíd.* p. 8.

descuento. Sin más pensarlo, el usuario A se lanza a por la compra y un tiempo después obtiene su nuevo calzado.

A grandes rasgos, desde el momento que el usuario le dio al botón “me gusta”, ha dado su consentimiento para vincularse al fenómeno publicitario denominado Historias Patrocinadas. De ahora en adelante a todos los miembros registrados como amigos de usuario A, verán un anuncio ilustrado con su nombre e imagen de perfil, gustando y aprobando de la marca de aquellas nuevas zapatillas que obtuvo con descuento.

De la explicación se desprenden varias interrogantes, como por ejemplo que pasa si al final no se hubiese concretado la compra, o bien que el producto venga defectuoso. Por lo menos pareciera que tanto el usuario A - como cualquiera con sentido común- hubiese sopesado con otro foco el descuento ofrecido, toda vez que este autoriza su aparición de su imagen en un anuncio dirigido a sus amigos y familiares cercanos y no tan cercanos.

Para unirse a *Facebook*, el potencial usuario debe proveer su nombre, edad, género y una dirección de correo electrónico válida y aceptar los términos y condiciones de servicio. Una vez registrado, el nuevo miembro recibe una página-perfil en la cual se puede subir una foto para representarse. Desde entonces, y a través de una solicitud, se puede establecer conexiones con otros miembros, sí es que éstos últimos los aprueben como amigos. Incluso, el sitio permite a sus miembros compartir información con su de red de amigos/as en una variedad de formas: los miembros pueden hacer publicaciones añadiendo texto, imágenes, videos e hipervínculos a su propia página de perfil. También pueden anunciar su ubicación geográfica con la función *places*, y gustar de contenido clicando el “pulgar hacia arriba” que aparece junto a cierto contenido, ya provenga de amigos, sitios externos o del mismo *Facebook*. Siempre que los

miembros realicen alguna de estas acciones, la red social genera una historia que aparece en las noticias (*News Feed*) de sus amigos¹⁵.

Cada vez que los amigos de usuario A inicien sesión y durante su tiempo de navegación, eventualmente verán de manera inevitable un anuncio publicitario en los términos descritos. El ejemplo expuesto simplifica todo el esquema funcional de las historias patrocinadas y lo reduce a una relación de un usuario con sus amigos. Se sigue entonces que es posible encontrar en la red social cientos de miles de usuarios que dieron al botón “me gusta” de cierto producto o servicio dentro del escenario descrito. No obstante, de ello no necesariamente se sigue la idea de que se ha dado consentimiento para protagonizar un anuncio dirigido a sus familiares y amigos registrados.

Así las cosas, los demandantes alegan que Facebook de manera ilegal se apropió de los nombres, fotografías, gustos e identidades de sus usuarios miembros para el uso de publicidad pagada y sin obtener de ellos un consentimiento previo¹⁶.

Para subsistir, Facebook obtiene ganancias principalmente a través de la venta de publicidad dirigida que aparece en las páginas de perfil de los miembros del sitio. De todos los servicios pagados, los demandantes vienen a cuestionar un servicio en concreto: historias patrocinadas. Esta función se estrenó en enero del 2011 y fue habilitada para todos sus miembros por defecto. Este servicio es una forma de publicidad pagada que aparece en la página del miembro de Facebook y generalmente consiste en el nombre imagen de perfil y la afirmación de un amigo de que gusta del anunciante. Una historia patrocinada podrá ser generada cuando sea que el miembro utilice las funciones de publicación, guste de algo, use una aplicación o juegue dentro del

¹⁵ *Ibíd.* P.8

¹⁶ *Ibíd.* p. 8

sitio web de Facebook, todo esto siempre y cuando el contenido esté relacionado a un anunciante en alguna manera determinada por Facebook¹⁷.

Por ejemplo, uno de los demandantes - Ángel Fraley- se registró con el nombre de Angel Frolicker, expone que visitó la página del perfil de Facebook de Rosetta Stone, y le dio clic al botón de “me gusta” para acceder a una demostración gratuita de software. Subsecuentemente, su nombre e imagen de perfil de Facebook, aparecieron en las historias patrocinadas de las páginas de sus amigos. La publicidad consistía en el logo de Rosetta Stone y la oración “a Angel Frolicker le gusta Rosetta Stone” (*Angel Frolicker likes Rosetta Stone*)¹⁸.

Varios demandantes estuvieron en la misma situación, y sin querer serlo, fueron protagonistas en estas publicidades. Las razones son varias, pero todas comienzan después de haber clikeado en el botón de “me gusta” del sitio web de una compañía, para poder obtener el acceso a un código especial que contenía una oferta para un nuevo producto, acceder a fotografías de un evento, o para poder ser apto de ser electo para un premio promocional¹⁹.

Los demandantes alegan que no estaban conscientes de que al momento de dar clic a esos botones de “me gusta”, sus acciones serian registradas, interpretadas y publicitadas por y en *Facebook* en forma de una aprobación de esos anunciantes y sus productos, servicios o marcas. A mayor profundidad, los usuarios de manera frecuente son requeridos para clikear en el botón de “me gusta” para simplemente recibir descuentos en productos, financiar causas benéficas, o ver una imagen cómica²⁰.

Del relato, se puede concluir que dentro de la plataforma en la que se desarrolla la red social, existen varios espacios publicitarios relacionados y determinados por Facebook en función al espacio pagado de publicidad. Ellos

¹⁷ Ibid. p. 9

¹⁸ Ibid p.9

¹⁹ Ibid p.9

²⁰ Ibid. p. 9

corresponden a la puerta de entrada a un esquema publicitario que está detrás de lo que parece ser un servidor web gratuito que te permite alojar tus datos en forma de imágenes, videos o escritura; mantenerte en contacto con tus amigos y familiares, a través de diversas plataformas de comunicación como lo es la bandeja de entrada o el chat incorporado al sitio.

Las razones para hacer clic al “me gusta” pueden ser varias, y no solamente para acceder a un contenido condicionado a gatillar una historia patrocinada, pero dentro de tal acto rondan elementos de la privacidad que no necesariamente quieren ser expuestos por los usuarios. A menudo no estarán conscientes de todo lo que involucran sus acciones y por ello, los usuarios miembros podrían creen que sus gustos y su expresión a través de las distintas formas disponibles, tienen valor para el demandado.

Desde la perspectiva de la red social de marras, el botón “me gusta” no sirve para expresar un gusto si no que es en vehículo; un medio para realizar publicidad y lograr una eventual compra de lo publicitado. El sitio revela que ofrece a primera vista un servicio gratuito, sin perjuicio de que cada cierto tiempo te obliga a ver publicidades compuestas por algunos datos personales de personas relacionadas y utiliza la red de amigos disponible como emisores y receptores de publicidad a la vez.

En promedio, las acciones realizadas por los miembros de *Facebook* son compartidas con alrededor de 130 personas: número promedio que una persona puede tener de amigos en el sitio. A diferencia de las historias comunes que aparecen en las la página de inicio del miembro, las historias patrocinadas son financiadas a través del pago por parte de los anunciantes a *Facebook*²¹.

²¹ Ibid p 10

Notablemente, los usuarios que presencian una historia patrocinada son dos veces más propensos a recordarla y 3 veces más tendientes a comprar el servicio publicitado, en comparación a una publicidad ordinaria, la cual no cuenta con la aprobación de un amigo de sus contactos. Por ende, los demandados afirman que el valor del servicio de publicidad dirigida que ofrece las historias patrocinadas, es al menos el doble del de una publicidad estándar de Facebook.com, y que de ello se sigue de manera presumible un beneficio patrimonial de vender este valor agregado a los anunciantes²².

De la comparación entre la publicidad tradicional y la utilizada en las historias patrocinadas, es posible extraer 2 elementos. El primero corresponde al valor que tiene una referencia de alguien de confianza en contraposición a no tener referencia de nadie cuando se ha de necesitar un bien o servicio. En este sentido, el mismo CEO de Facebook Mark Zuckerberg lo afirma, declarando que para él, nada influencia más a la gente, que la recomendación de un amigo de confianza (*"nothing influences people more than a recommendation from a trusted friend"*²³). La raíz de que la publicidad sea tan convincente, recae en que el anuncio tiene como protagonista la referencia un amigo o conocido.

El segundo, corresponde a que el sitio web en cuestión, a través de las Historias Patrocinadas utiliza a los usuarios y a su red de amigos como referencias para promocionar marcas de bienes y servicios que potencialmente se podrían adquirir. En este sentido, los usuarios entre ellos se están convirtiendo en los vehículos de marketing del sitio, para y entre ellos, sin siquiera saberlo con claridad y de manera gratuita²⁴.

Los demandantes aseveran que la práctica descrita constituye una nueva forma de publicidad que enganchó a millones de miembros de Facebook de manera inconsciente y sin mediar remuneración alguna, convirtiéndolos en

²² Ibíd. p. 10

²³ Ibíd. p 9

²⁴ Ibíd. p. 9

portavoces de varios productos, y por ello se encuentran con la prerrogativa de ser compensados²⁵.

Sin perjuicio de que la declaración de derechos y responsabilidades de Facebook estipula que los miembros podrán alterar su configuración de privacidad, nunca podrán salir totalmente de la función de historias patrocinadas. Incluso, todos los demandantes registraron su cuenta en el sitio antes del 25 de enero del 2011. Por consiguiente, ellos no pudieron saber sobre la aparición de las historias patrocinadas a la hora de aceptar los términos de uso Facebook ni tampoco éste último les preguntó si querían volver a revisar o re-aceptar éstos términos al introducir esta función publicitaria²⁶.

Finalmente, los demandantes alegan que las prácticas de Facebook relacionadas a la apropiación indebida de su nombre e imagen para provecho comercial y sin su consentimiento constituyen:

- Una violación su Derecho de publicidad bajo el artículo 3344 del Código Civil de California.
- Violación a la ley de competencia desleal de California.
- Enriquecimiento sin causa por parte de Facebook.

Facebook subsecuentemente interpuso una moción para desestimar bajo las reglas 12(b)(1) y 12(b)(6). Entre una variedad de fundamentos esgrimidos, se destacan que los demandantes fallaron en establecer una pretensión o acción por apropiación indebida bajo el 3344 del código civil de california porque ellos no alegaron ningún perjuicio susceptible de ser accionable y consintieron al uso

²⁵ *Ibíd.* p. 10

²⁶ *IBID.* P. 10

de sus nombres e imágenes y el contenido republicado bajo el 3344(d) está bajo el interés periodístico. .²⁷

Así las cosas, es posible resumir los argumentos del demandado para justificar desechar la pretensión en base a los siguientes puntos:

- El demandante falla en alegar un perjuicio a ser visto dentro de la jurisdicción del tribunal federal toda vez que la materia de acción interpuesta, no cumple con los estándares del artículo III.
- La Ley Federal de Decencia en las Comunicaciones impide las pretensiones del demandante.
- El demandante falla en interponer una acción de apropiación indebida bajo el artículo 3344 del Código Civil Californiano ya que no han alegado lesión alguna que sea accionable. Ellos han consentido al uso de sus nombres e imagen, y el contenido republicado cae bajo la excepción de interés periodístico del mencionado artículo.
- El demandante falla en interponer una acción bajo la Ley de Competencia Desleal debido a que no pueden alegar, ni han alegado una conducta que sea ilegal, injusta o fraudulenta.
- Falla en configurar un enriquecimiento sin causa debido a que no hay una acción independiente en California propiamente tal, para interponer.

En resumidas cuentas, Judy H. Koh –quien preside el panel jueces - negó la moción de Facebook y falló que los demandantes tenían de hecho una cantidad plausible de hechos para fundamentar la causa de su acción toda vez que los miembros de Facebook fueron probablemente inducidos en erróneamente creer

²⁷ GREY, FRANCESCA. 2014. "To Like Or Not to Like: Fraley V. Facebook's Impact On California's Right Of Publicity Statute In the Age of Internet". [En línea] Loyola Los Angeles Law Review. < digitalcommons.lmu.edu/ljr/vol47/iss3/7/ "> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 869

que ellos tenían control completo para prevenir sus apariciones en las publicidades historias patrocinadas. La realidad es que mientras los miembros interactúan en las variadas herramientas y características de Facebook - como clicar en el botón de me gusta – están gatillando efectos que están fuera de su control. Koh afirmó que desestimar la acción sería impropio porque la demandada usó la información personal de los demandantes con propósitos comerciales, por ende removiéndolos del alero de la protección del art 3344(d). Por último, la cuestión del consentimiento se mantiene como un asunto de hecho que no puede ser resuelta en una instancia como tal.²⁸

1.1.1. ESTÁNDARES LEGALES DE FORMA

En primer lugar, se ha de exponer un tema de forma que tiene que ver con la materia de la acción, referido a si ésta tiene la capacidad de ser de aquellas acciones con jurisdicción federal, esto es, una acción de rango constitucional.

Los demandados solicitan que se desestime de plano la acción interpuesta, toda vez que bajo los estándares de las reglas 12(b)(1) y 12(b)(6), la pretensión del demandante no encuentra asidero.

El fundamento de la moción del demandado radica en que la acción no tiene jurisdicción federal toda vez que no cumple con la regla 12(b) (1) que analiza si es que la pretensión contenida en el libelo de la demanda, se fundamenta en una materia que es cubierta por la jurisdicción federal. Si el resultado obtenido al aplicar esta regla es negativo, entonces el caso debe ser desestimado según el art. III de la Constitución de los Estados Unidos²⁹.

²⁸ Ibid. p869

²⁹ 2011, “Fralely v. Facebook, Inc. | Cases | California | Westlaw”, [en línea] <<https://1-next-westlaw->

El objetivo del demandado al interponer esta objeción de forma, tiene que ver con la idea de que la acción se desestime de plano; sin entrar a analizar el fondo del asunto, es decir, sin la necesidad de un juicio de lato conocimiento o bien sumario que analice de manera exhaustiva el fundamento de esta acción.

En este sentido, si la corte en el análisis de esta regla determina que el demandante carece de legitimación activa bajo el artículo III, entonces la corte carece de jurisdicción en la materia y el caso debe ser desestimado³⁰.

Lo interesante del artículo III es que analiza si la acción interpuesta se fundamenta en un perjuicio susceptible de ser conocido en la correspondiente etapa de un litigio y luego plasmado en su sentencia. Lo más importante por determinar es si la práctica publicitaria de Facebook constituye un daño que en los hechos pueda ser fundamento para la acción judicial interpuesta, resultado que puede abrir las puertas para la discusión del fondo del asunto, relacionado con cómo se gráfica y cuantifica la teoría legal del daño causado a los demandantes.

La impugnación jurisdiccional interpuesta puede ser Facial (que aparece a simple vista en la ley) o Fáctica. Si el ataque corresponde al primero, la corte determina si las pretensiones contenidas en la demanda son suficientes a primera vista para poder invocar jurisdicción federal, aceptando todas las pretensiones sustanciales como verdaderas e interpretándolas a favor de la

com.uchile.idm.oclc.org/Document/119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3D119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopeId=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29 >[consulta: 25 de mayo de 2017]. p. 10

³⁰ Ibid. P.2

parte que pretende la jurisdicción, pero cuando el ataque es Fáctico, el tribunal no necesita presumir la veracidad³¹.

Dependiendo si la solicitud es facial o fáctica, pesará en la corte la carga de decidir la suficiencia de la pretensión para pertenecer a la jurisdicción federal. Esto lo podrá hacer ya sea tomando una posición favorable hacia el demandado al presumir la veracidad de los lineamientos sustanciales de la pretensión, o bien optando por ir más del contenido del libelo propiamente tal, acudiendo a otros recursos que se ubican dentro de la moción en análisis. Ejemplo de ello lo son las defensas expuestas por el demandado o bien las pruebas aportadas por cada parte en sus respectivos escritos donde exponen sus argumentos.

Al resolver una disputa Fáctica relacionada a la existencia de una materia sujeta a jurisdicción, la corte debe analizar la evidencia extrínseca más allá de la demanda, sin convertir la moción para desestimar en una de juicio sumario³².

En el caso Fraley, la corte ha determinado que la disputa es de tipo Fáctica, lo que significa que el texto de la demanda y los documentos adjuntados en ella, no son suficientes para determinar de manera exclusiva la jurisdicción en cuestión, por lo que es necesario recurrir a elementos externos y de los cuales el tribunal tiene la facultad de considerar como ya veremos gracias a la doctrina por incorporación.

Por último, una vez que una de las partes ha solicitado desestimar la acción por falta de materia sujeta a jurisdicción, la contra parte soporta el peso de establecer la nueva jurisdicción de la corte³³.

³¹ Ibid p.2

³² Ibid p. 2

³³ Ibid p. 2

Esto significa que el demandante al interponer su acción lo hace solicitando la jurisdicción federal, toda vez que según ellos su acción se basa en lineamientos constitucionales. Así las cosas, se invierte el onus probandi en esta actuación preliminar de fondo, tocándole al demandado fundamentar por qué y cuál debe ser la jurisdicción aplicable al caso.

La impugnación a través de esta la regla 12(b)(6) corresponde a un tema de forma de presentación del libelo y de sus requisitos esenciales para que pueda ser admitida y conocida en una instancia de juicio ya sea de lato conocimiento o bien sumario.

Para que el tribunal desestime la demanda por fallar en establecer una pretensión de manera satisfactoria, se deben cumplir con cualquiera de los siguientes requisitos; (1) Falta de teoría legal suficiente de que se está dentro de la jurisdicción de la corte o; (2) ausencia de hechos suficientes alegados bajo una teoría legal que esté dentro de la jurisdicción³⁴.

Este estándar que exige que en el escrito de presentación de la demanda exista una teoría legal coherente y hechos suficientes para determinar la jurisdicción a la cual se someterá el caso.

Mientras que alegaciones detalladas de hecho no son requeridas, el demandante si debe incluir suficientes hechos para establecer un Derecho a ser compensado que sea identificable y factible a primera vista. Esto será así, toda vez que el demandado presente pruebas con contenido basado en hechos que le permitan a la corte extraer una inferencia razonable de que el demandado es responsable por la mala praxis alegada³⁵.

La demanda solo necesita exponer los hechos sustanciales sin que sea necesario gran precisión en ellos. Esto dirige la exigencia a que el demandante

³⁴ Ibid. p. 2

³⁵ Ibid. p. 11

pueda exponer de manera satisfactoria la existencia de un derecho a ser reivindicado mediante una compensación. Esta simpleza en la exposición se verá reflejada en la facilidad del demandante para identificar el Derecho y la posibilidad de reparo por el agravio cometido descrito en los hechos. En este sentido y como veremos adelante, los documentos aportados por ambas partes en esta moción preliminar que analiza la forma de la demanda, jugaran un papel importante en la viabilidad de la pretensión del demandante.

1.1.2. CUESTIONES RELATIVAS A LA PRUEBA.

Para respaldar el argumento de que los miembros de la red social consintieron en el uso de su nombre e imagen para protagonizar historias patrocinadas, el demandado solicita a la corte que tome conocimiento de los siguientes documentos:

- Declaración de Derechos y Responsabilidades de Facebook,
- Capturas de pantalla del centro de ayuda alojado en el sitio web de *Facebook* tituladas; “¿Dónde puedo ver y editar mis opciones de privacidad para contenidos patrocinados?”; “¿Cómo puedo controlar lo que mis amigos ven en sus noticias?”; “¿Cómo puedo crear historias patrocinadas?”; “¿Cómo puedo controlar quien ve lo que publico?”; “¿Cómo puedo dejar de gustar algo?”.

Como veremos más adelante, bajo la doctrina de la incorporación por referencia, el tribunal en el contexto una moción para desestimar por fallar en establecer una pretensión, puede considerar tanto los documentos adjuntados en la demanda, como aquellos cuyo contenido se hizo referencia en la demanda. Es requisito esencial que la demanda necesariamente se funde en

los documentos adjuntados o a los referidos en contenido de ella, siempre y cuando la autenticidad y la relevancia de los documentos no sea objetadas por las partes³⁶.

En este caso, la doctrina de la incorporación por referencia permitirá al tribunal tomar conocimiento tanto de los documentos adjuntados en la demanda para sustentar su pretensión, como de los cuales se hizo mención en su argumentación y que no necesariamente fueron adjuntados en ella.

El propósito permitir a la corte considerar documentos incorporados en la demanda por referencia en el contexto de una moción para desestimar, es para prevenir que el demandante sobreviva la moción al deliberadamente omitir documentos en los cuales su pretensión se funda³⁷.

En este caso los demandantes no omitieron ningún documento de manera intencional o involuntaria, al contrario, adjuntaron e hicieron referencia en la demanda, a todos los documentos necesarios para que su pretensión sobreviva este tipo de moción y se fije la jurisdicción federal.

A mayor abundamiento, se adelantará que la corte toma conocimiento judicial de documentos presentados por el demandado y también de los cuales se hace referencia en su texto, documentos que posteriormente fueron adjuntados por el demandado, entre otros.

Además, no se tomará conocimiento judicial del documento que explica los términos de uso de la página web de la red social, toda vez que la acción no necesariamente se basa en tales sitios web y su relevancia y autenticidad fue impugnada³⁸.

³⁶ Ibid p. 3

³⁷ Ibid p. 3

³⁸ Ibid p. 3

Como vemos aquí, el documento que explica los términos de uso de la página web en cuestión, no será tomado en cuenta por el tribunal ya que no tiene pertenencia con la pretensión sustancial del demandante.

En virtud de que el demandante cita la declaración de Derechos y Responsabilidades adjuntada por el demandado, la corte tomará conocimiento del documento. Sin embargo, de los documentos restantes, la corte encuentra que no son ni documentos en los cuales el demandante necesariamente depende, ni documentos susceptibles de objetar su relevancia y autenticidad.

Por ende, dejando de lado la declaración de derechos responsabilidades la corte no toma en cuenta los demás documentos rechazando su conocimiento y por ende excluyéndolos de su análisis para fabricar su decisión.

1.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL DEMANDANTE

Las reglas expuestas anteriormente inciden directamente en determinar la existencia de la legitimación activa del demandante para accionar en sede federal, puesto que éstas con son contrastadas con las exigencias del art.III de la carta constitucional norteamericana.

Para determinar la legitimación según el artículo III, el demandante debe demostrar:

(1) perjuicio en los hechos, esto es, una invasión a un interés legalmente protegido que es (a) concreto y particular y (b) actual o inminente, no especulativo o hipotético;

(2) que el perjuicio sea identificable en la acción impugnada por el demandado; y

(3) que sea probable, como opuesto a lo meramente especulativo, es decir, que el perjuicio será reparado por una decisión favorable³⁹.

La legitimación activa se centra en que el perjuicio - producto de una infracción a un interés legalmente protegido - exista en la realidad de manera clara, tanto en el texto de la demanda como en los hechos. Esta claridad se define por hecho de que este perjuicio sea de aquellos susceptibles de ser reparados al atravesar un litigio que analiza el fondo del asunto.

Por otro lado, en una demanda colectiva los demandantes identificados para representar al grupo deben alegar y mostrar que ellos personalmente han sufrido un perjuicio y no que éste haya sido sufrido por otro, miembros sin identificar del grupo al cual pertenecen y al que pretenden representar⁴⁰.

Lo importante aquí es el estándar legal que se centra en el perjuicio soportado por un único demandante o bien, a los componentes de una colectividad. Su demostración en los hechos se asimila al daño personalmente sufrido por cada individuo, y no uno generalizado atribuido a un grupo indeterminado. Es decir, no se permite perjuicio indeterminado a personas indeterminadas o uno identificable a un sólo segmento de la colectividad que acciona.

Por otra parte, el congreso a través de las leyes de derecho de publicidad -representada en este caso por el art. 3344 de ley de California - ha otorgado el derecho legal de demandar en sede constitucional, con la jurisdicción federal que corresponde a ésta última.

Aunque el congreso no puede borrar los requisitos de la legitimación del art III, sí puede otorgar el Derecho a demandar en sede federal a un actor que de otra forma no tendría legitimación activa. En este sentido y para propósitos

³⁹ Ibid p. 4

⁴⁰ Ibid p. 4

de la legitimación referida, alegar la violación de un Derecho conferido por ley es válido siempre y cuando el perjuicio haya sido sufrido en específico por cada persona⁴¹.

Una vez establecido el perjuicio de manera clara y precisa en relación a los hechos y a los individuos afectados, se habilita la legitimación activa de accionar en una jurisdicción federal. El fundamento de la acción es un daño estipulado en un cuerpo de jerarquía legal.

Los miembros de Facebook que presentaron la demanda colectiva en contra del dueño del sitio con propiedad alegaron perjuicio, toda vez que reclamaron que la práctica publicitaria del demandado, que consistía en poner los nombres, imágenes y afirmaciones de que gustaban ciertas publicidades en otras páginas de los miembros, violaba la ley de california, que prohíbe el uso no autorizado de dicho elementos utilizados⁴².

Se puede concluir que para cumplir con el requisito del art. III los demandantes deben exponer en que consiste el perjuicio en los hechos, o sea como la práctica publicitaria de las historias patrocinadas infringe un interés legalmente protegido por la ley de california.

El perjuicio sufrido por los usuarios de Facebook en virtud de las prácticas publicitarias descritas fue realizado sin consentimiento y de manera concreta y particular, actual e inminente, requisitos para configurar el tipo legal del estatuto de california en cuestión. Cada identidad fue usada para la publicidad en el sitio y cada uno de ellos tuvo una pérdida de valor económica de aprobación económica de un producto o marca hacia sus amigos o amigas

⁴¹ Ibid p. 4

⁴² Ibid p. 4

que puede ser medido por la ganancia adicional que el sitio tubo por vender publicidad aprobada por tales amigos en comparación a la publicidad regular⁴³.

1.2.1. LEY DE DERECHO DE PUBLICIDAD DE CALIFORNIA

La ley de california provee dos vehículos para reivindicar el Derecho a proteger el nombre e imagen de un individuo en contra de la apropiación por parte de otros para su propio provecho:

- (1) una acción civil por apropiación indebida; y
- (2) un remedio legal por apropiación indebida comercial⁴⁴.

Las dos acciones se enfocan en proteger el nombre e imagen de los demandantes de la apropiación de su nombre e imagen por parte de Facebook y que, en combinación con la aprobación y promoción comercial de un producto o servicio de determinada marca, ha obtenido una ganancia económica.

Para interponer una acción civil por apropiación indebida, el demandante debe alegar suficientes hechos para establecer:

- (1) el uso por parte del demandado de la identidad del demandado;
- (2) la apropiación del nombre o imagen del demandado para provecho comercial u otro del demandado;
- (3) falta de consentimiento; y
- (4) perjuicio como resultado⁴⁵.

En los hechos del caso la identidad del demandado no sólo corresponde al nombre, apellido y fotografía de perfil, sino que además es su imagen como usuario de Facebook y consumidor de determinado producto o servicio, lo que

⁴³ Ibid p. 3

⁴⁴ Ibid p. 5

⁴⁵ Ibid p. 5

es utilizado por los administradores del sitio, en la construcción de publicidades dirigidas a sus amigos o familiares registrados.

Esta hipótesis constituye una apropiación de la imagen del usuario, convirtiendo a éste último en un medio de convencimiento al receptor de la publicidad, lo que finalmente se convierte en una ganancia monetaria para el que emite la publicidad. Esta ganancia se ve incrementada gracias a que la referencia de un cercano es muy convincente a la hora de comprar un producto o servicio promocionado en la red social. Esta efectividad significa ganancia tanto como para el que publica, a través de la compra del producto o servicio promocionado, y para Facebook, en términos de lo que vale su espacio publicitario, además que el propio sitio utiliza estos espacios para promocionar sus propios productos o servicios.

Finalmente, para considerar que se ha interpuesto de manera apropiada una acción por apropiación indebida bajo la ley de Derecho de la publicidad de California, el demandante debe alegar todos los elementos de la acción civil de apropiación indebida y también probar un uso intencional por parte del demandado y una conexión directa entre el uso alegado y el propósito comercial⁴⁶.

1.2.2. EXCEPCIÓN DE INTERÉS PERIODÍSTICO, CONSENTIMIENTO Y PERJUICIO

Aunque el consentimiento se mantiene como un elemento fundamental para en una acción del derecho de publicidad, la legislatura de California ha hecho una importante excepción que rastrea a la primera enmienda derechos de libertad de expresión⁴⁷.

⁴⁶ Ibid p. 5

⁴⁷ GREY, FRANCESCA. 2014. "To Like Or Not to Like: Fraley V. Facebook's Impact On California's Right Of Publicity Statute In the Age of Internet". [En línea] Loyola Los Angeles Law Review. < digitalcommons.lmu.edu/ljr/vol47/iss3/7/ "> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 873-874

Esta excepción se encuentra codificada en el código civil de California art. 3344(d). La excepción se extiende a asuntos de prensa y reporte de eventos recientes. No obstante, la información no tiene que ser noticia en el sentido estricto de la palabra y tampoco en una forma en la cual no se obtendrán beneficios monetarios. Las cortes han interpretado ampliamente el significado de interés periodístico incluyéndolo en cualquier asunto de interés público. Se extiende al uso de los nombres, retratos, información, y también para proporcionar información al público por propósitos de educación, entretenimiento o entendimiento, en cuanto el público tenga una razonable expectativa para sustentar un interés legítimo en lo que es publicado. En virtud de todo esto, se entiende que hay interés público que se adjunta a la gente que por sus logros, estilo de vida, vocación o posición profesional, crean un interés legítimo a sus actividades.⁴⁸

Todo este razonamiento obliga a plantear doctrina de la figura pública. Las figuras públicas tienen dos categorías. Primero, está la figura pública propiamente tal, que sirve para todo propósito. Estas son personas que han alcanzado un generalizado nivel de fama como las celebridades. Adicionalmente, hay unas figuras públicas con un propósito limitado; son quienes voluntariamente se introducen o son atraídas a una controversia pública en específico, por lo cual se le considera figura pública en un espectro limitado de asuntos. Si uno es encontrado ser figura pública se tiende a razonar que esa información sobre esa persona podría ser susceptible de ser de interés periodístico, especialmente en vista a lo laxo que es la definición propuesta en definir el término.⁴⁹

En la era del internet la gente está más accesible que nunca y por ende es importante considerar qué exactamente eleva a alguien al status de figura pública en un contexto de una red social. Alcanzar tal status podría limitar la

⁴⁸ Ibid p. 873-874

⁴⁹ Ibid p. 874

habilidad de la persona para encontrar compensación por violaciones al derecho de publicidad sí el uso impugnado cae dentro de la excepción de interés periodístico. En otras palabras, la reproducción del nombre o imagen de otro no podría ser accionable incluso si el uso es para lucrar. Para poder para alzar el status al de figura pública las cortes rutinariamente requieren a la persona que tenga algún nivel de fama en su comunidad, o al menos algún nivel de notoriedad. Dentro de esta definición de figura pública pareciera que las cortes buscan algún indicio de haber asumido el riesgo o algún tipo de disposición en ponerse a uno mismo a la luz del ojo público.⁵⁰

En el contexto de las redes sociales en línea, los usuarios constantemente exponen varios aspectos de sus personalidades y vida en exhibición para sus amigos e incluso algunas veces para que el mundo lo vea sí es que los ajustes de privacidad están habilitados. Es lógico que un constante posteo en sitios como Facebook pueden elevar a los usuarios al estado de figura pública en algunos contextos. Pero ¿cuál es el nivel de notoriedad realmente requerido? Mientras muchas cortes no se han hecho cargo de manera específica del asunto de quién debe ser considerado figura pública en relación a la actividad en el internet, algunos han abordado la pregunta y usan diferentes alcances para atacar el problema.⁵¹

En *Tipton v. Warshavsky*, el noveno circuito de la Corte de Apelaciones falló que el usuario web se elevó a si mismo al status de una figura pública limitada toda vez que voluntariamente involucró en la vida pública al llamar la atención y comentar en un sitio web. Adicionalmente del caso *Ampex corp. v. Cargle* se desprende que los medios de comunicación electrónica podrían constituir foros públicos en el sentido de que los sitios web que son accesibles a cualquier miembro del público de manera gratuita donde miembros del publico quizás lean las opiniones e información publicada, y así también compartir sus

⁵⁰ Ibid p. 874

⁵¹ Ibid p. 875

propias opiniones, todo esto correspondiendo a la definición de un foro público.⁵²

Cada caso ilustra el acercamiento inherentemente público, por lo que bajo esta perspectiva el internet es un foro público porque la actividad del internet en sí misma es suficiente para constituir actividad voluntaria, propósito requerido por el test de la figura pública limitada. Al requerir que un individuo simplemente publique información en el internet, esas cortes sientan un umbral relativamente bajo para considerar qué es ponerse a uno mismo de manera voluntaria en el ojo público. Este ambiguo requisito debiese ser un llamado de atención para los usuarios de las redes sociales como Facebook, ya que su consentimiento no podría ser requerido ante los usuarios de toda la web para ver sus promociones comerciales de productos o servicios, de los que en realidad no saben mucho al respecto.⁵³

La excepción de Interés periodístico interpuesta dentro del marco del estatuto legal del Derecho a la publicidad de California, tiene su antecedente ulterior en el derecho Constitucional de la libertad de expresión bajo la primera enmienda⁵⁴.

Bajo la ley californiana, el fundamento para interponer una acción por apropiación comercial indebida no recae en la publicación de asuntos de interés

⁵² Ibid p. 875-876

⁵³ Ibid p. 875-876

⁵⁴ 2011, "Fraleley v. Facebook, Inc. | Cases | California | Westlaw", [en línea] <<https://1-next-westlaw-com.uchile.idm.oclc.org/Document/119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3D119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopeld=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>> [consulta: 25 de mayo de 2017]. P. 6

público. Este último, a su vez, descansa en el derecho del público a informarse y de la libertad de prensa para informar⁵⁵.

El Art. 3344 (d) presenta una excepción legal donde el consentimiento no es requerido para el uso del nombre o de la imagen de la persona siempre y cuando se esté dentro de determinadas hipótesis.

El demandado se defiende argumentando que el rol que juega el nombre y la imagen en el esquema publicitario de las historias patrocinadas corresponde a uno de informar a la opinión pública conformada por usuarios registrados como amigos. Esta información tan importante para todos y que merece ser divulgada sin el consentimiento del demandante, corresponde a los gustos del usuario que ha plasmado en los distintos contenidos relacionados con el funcionamiento de las historias patrocinadas.

No obstante, estos gustos vienen a ser un vehículo para convencer al usuario de que consuma tal producto o servicio publicidad que es de manera tangible más convincente y lucrativo que el esquema tradicional de publicidad.

El hecho de utilizar por parte de Facebook los nombres, fotografías y gustos, sin consentimiento y de la forma en que lo hicieron, no cabe en la excepción de Interés periodístico. El uso no cae bajo la hipótesis de interés público que podría ser protegido por la primera enmienda, ya que el sitio usó los gustos de los miembros para propósitos comerciales más que para noticias, asuntos públicos, transmisiones de deportes o resúmenes compactos, o cualquier campaña política⁵⁶.

El día que empezaron a funcionar las historias patrocinadas, cada vez que un usuario le daba “me gusta” a algún tipo de contenido que estaba vinculado al esquema publicitario descrito, gatilla de manera automática y sin

⁵⁵ Ibid. p.6

⁵⁶ Ibid. p.6

consultar al usuario, la creación de una publicidad dirigida a los amigos y familiares del usuario en cuestión. La corte determina que este actuar no corresponde ser protegido por la primera enmienda ni tampoco por la libertad de expresión contenida en el Derecho de informarse y ser informado, toda vez que este contenido al ser usado para lucrar, ha causado un perjuicio de aquellos que invaden los límites de la privacidad.

Definir lo que es el consentimiento con la llegada de la era del internet es una tarea probablemente difícil y que otorgará resultados ambiguos. En el caso *Fraley* éste es un asunto de mayor importancia. Generalmente, el consentimiento es definido como un acuerdo, aprobación o permiso con respecto a algún acto o propósito, otorgado de manera especial y voluntaria por una persona capaz. El término también ha sido definido como voluntariamente ceder la voluntad frente a la proposición de otro, dando como resultado llegar a una armonía o acuerdo. Estas definiciones sugieren que dar el consentimiento es un acto proveniente de la razón y que está acompañado con una deliberación propia de la mente que consiste en un balance de lo bueno y lo malo en cada opuesto del espectro.⁵⁷

Entonces cuando una persona llega a un acuerdo voluntario lo hace en la posesión y ejercicio de una capacidad mental suficiente para tomar una decisión inteligente con respecto la proposición de otro a hacer algo. Dar un consentimiento genuino es un acto despejado de todo fraude, coerción, o algunas veces incluso por error. La corte en *Cohen* se asila en la idea de que sí el consentimiento en el internet es efectivamente otorgado al aceptar los términos de servicio del sitio web y que alcance dentro de ese contenido hay.⁵⁸

⁵⁷ GREY, FRANCESCA. 2014. "To Like Or Not to Like: *Fraley V. Facebook's Impact On California's Right Of Publicity Statute In the Age of Internet*". [En línea] *Loyola Los Angeles Law Review*. < digitalcommons.lmu.edu/llr/vol47/iss3/7/ "> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 870

⁵⁸ *Ibid* p. 870

En *Cohen v. Facebook* el tribunal explora lo que constituye el consentimiento en la era del internet al considerar las consecuencias de los usuarios consintiendo a los términos de uso del sitio web. En *Cohen*, Facebook argumentó que los usuarios demandantes dieron su consentimiento para el uso de sus imágenes toda vez que ellos aceptaron la declaración de derechos y responsabilidades de la compañía tras unirse al sitio de red social. Facebook asegura que cada usuario tiene la habilidad de optar fuera de tener su información personal compartida regulando los ajustes de privacidad en el sitio. No obstante, este argumento no permite a Facebook simplemente escudarse en los términos de servicio para escapar a la responsabilidad legal por usos impropios de las imágenes públicas de las personas de los demandantes.⁵⁹

Facebook afirma que lo estipulado dentro de su declaración de derechos asegura de manera indubitada otorgar el derecho a Facebook de usar cualquier foto, incluyendo las de los demandantes en cualquier manera que desee supeditado a la privacidad del usuario y aplicación de esos ajustes. Sin embargo la corte no concuerda con Facebook en el hecho de que la declaración de derechos estipule una norma general de exención de responsabilidad. En vez, la corte interpretó que la cláusula era una concesión ambigua otorgando una licencia a escala mundial para usar las fotos de sus miembros y protegía a la red social de acciones por infracciones a *Copyright* por las reproducciones.⁶⁰

La corte concluye rotundamente que nada en las cláusulas de los documentos provistos por Facebook constituyen una forma clara de consentimiento de los usuarios para que su nombre e imagen de perfil sea compartida en una manera que divulgue que servicios de Facebook ellos han utilizado o promocionado comercialmente. Aunque los usuarios si consintieron a algo para unirse al sitio, el ámbito de lo que es considerado consentimiento no es universal. Así, aunque los miembros de una red social consintieran en

⁵⁹ Ibid p. 871

⁶⁰ Ibid p. 871

compartir su información personal con sus amigos y potencialmente incluso con usuarios del sitio a larga escala, de ello no se sigue el permiso para el uso en cuestión.⁶¹

Otra cuestión importante que no se ha mencionado corresponde a quien puede dar el consentimiento en el internet y si los menores tienen la habilidad de dar su consentimiento para usar su información personal.⁶²

Alrededor de 20 millones de menores en los Estados Unidos tienen una cuenta de Facebook. Alrededor de 7 millones y medio de esos usuarios son menores de 13 años, el mínimo requerido por Facebook para tener una cuenta. Aproximada mente 5 millones de esos menores tienen menos de 10 años. Con tantos menores usando Facebook es importante determinar cuánto poder - si es que debiese haber alguno – estos usuarios adolescentes tienen en cuanto disponer de su derecho sobre sus nombres e imágenes.⁶³

Mientras es difuso si los chicos bajo la edad de 13 pueden dar su consentimiento en general dentro de las redes sociales - dado su status de usuarios prohibidos - las cortes se han hecho cargo de este problema para menores entre 13 y 17. En *E.K.D. v. Facebook* la corte falló que mientras los menores generalmente pueden revocar el consentimiento de contratos contraídos bajo ciertas condiciones relacionadas a la menoría de edad, ellos no podrían hacerlo respecto a porciones del contrato sin sino que debe serlo en su totalidad. Por ende, los usuarios menores de edad no podrían revocar el consentimiento otorgado a los términos de servicio de Facebook si continúan el uso en el sitio web de social media. En contraste, en *I.B. v. Facebook* se toma un alcance distinto concluyendo que los menores igual pueden revocar el

⁶¹ Ibid p. 871

⁶² Ibid p. 870

⁶³ Ibid p. 872-873

contrato por completo incluso después de recibir el beneficio de continuar usando Facebook bajo los términos requeridos.⁶⁴

Para la corte, el asunto relacionado a que si hubo consentimiento o no en virtud de aceptar los términos de uso, es una cuestión de hecho que no puede ser resuelta en moción para desestimar⁶⁵.

La existencia del consentimiento es un asunto que debe ser concluido por una sentencia proveniente de un juicio ya sea de lato conocimiento o bien uno sumario, y no por una instancia en donde se revisa si la jurisdicción aplicada es la correcta, es decir, análisis de parámetros formales que son previos al fondo del asunto.

Para que pudiese prosperar la impugnación jurisdiccional en cuestión, los demandantes en su libelo han de mostrar que en los hechos existe un perjuicio y que este pueda ser cuantificado de tal forma, que pueda ser susceptible de ser enmendado por la decisión favorable de un tribunal.

Los miembros de la red social de manera suficiente alegaron perjuicio, que resultó en angustia mental como resultado de la práctica del sitio,

⁶⁴ Ibid p. 872-873

⁶⁵ 2011, "Fraleigh v. Facebook, Inc. | Cases | California | Westlaw", [en línea] <<https://1-next-westlaw-com.uchile.idm.oclc.org/Document/119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3D119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopeId=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>> [consulta: 25 de mayo de 2017]. P. 6

consistente en exhibir publicidades dirigidas hacia sus amigos, las cuales tienen un valor mayor que la publicidad tradicional⁶⁶.

⁶⁶ Ibid. p. 6

2. CAPITULO II: DERECHO DE PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD.

El propósito de este capítulo es sentar el marco doctrinario en el cual se centrará la discusión del caso, introduciendo el desarrollo del derecho de publicidad en el derecho civil norteamericano como uno de los varios perjuicios que esquematizan el derecho a la privacidad. Por último, se introducirá a la protección legal de california para el derecho de publicidad.⁶⁷

La naturaleza histórica detrás del derecho de publicidad encuentra sus orígenes en el derecho de privacidad. En el artículo del año 1890, llamado Derecho a la privacidad (*“Right to Privacy”*) de Samuel Warren y Louis Brandeis desde ya se expone una creciente preocupación respecto a la publicación de hechos privados o fotografías por los medios de comunicación y sin consentimiento. Su argumento central consta en que debería existir un derecho a estar sólo (*“Right to be alone”*). Ellos desarrollaron un sistema detallado para proveer compensación para daño emocional causado por la invasión a la privacidad de la persona.⁶⁸

Una década después, en un caso interpuesto en Nueva York, que involucra el uso no autorizado de una imagen de una no celebridad en una publicidad. Aunque la corte del caso falló que no hay un derecho a la privacidad en el derecho civil, en 1903 la legislatura del estado de Nueva York respondió al fallo de la corte al pasar el primer estatuto que reconoce el derecho de privacidad

⁶⁷ KOEHLER, Jesse. 2013. “‘Fraley v. Facebook’: The Right of Publicity in Online Social Networks” [en línea]. Berkeley Technology Law Journal 28: 963–1001. <http://www.jstor.org.uchile.idm.oclc.org/stable/24122042?seq=1#page_scan_tab_contents> [consulta: 25 mayo de 2017]

⁶⁸ STEIGER, DARYL. 2016. “Everyone’s a Celebrity: The role of the Right of Publicity in a World Increansinly Dominated by Social Media”. [en línea]. A Publication of the New York Intellectual Property Law Association1922. <<https://www.Nyipla.org/images/nyipla/documents/report/octobernovember2016thereport.pdf>> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 1

que prohíbe el uso no autorizado del nombre o imagen de una persona, ya sea un retrato o una imagen para publicidad o comercio.⁶⁹

Por ende, el derecho de privacidad viene a establecer un punto de apoyo en la ley con cortes proveyendo remedios a individuos que prefieren evadir tal atención no deseada. Adicionalmente, el derecho tiene un aspecto de tipo publicidad que abarca el derecho en contra el falso aprobación o promoción comercial.⁷⁰

Así las cosas, el derecho de publicidad es una construcción legal que surge a propósito de otorgar un tratamiento legal específico a los conflictos entre la libertad de expresión representada por la protección que ofrece la libertad de prensa en el interés periodístico y la privacidad compuesta por información privada y sí ésta se puede divulgar al público.

El desarrollo de las leyes del Derecho de publicidad tiene su punto de partida en el nacimiento de los agravios que componen la privacidad, para eventualmente crecer como Derecho legal y dar paso a constituirse por un perjuicio separado, finalmente culminando con la codificación del Derecho en una ley estatal. Este rastreo tiene como propósito buscar las raíces de la tensión entre la privacidad y el interés periodístico así como también las razones que fundamentan la compensación por un perjuicio económico y no económico emanado de apropiaciones indebidas del derecho de publicidad⁷¹.

De la colisión que ocurre entre la privacidad y la libertad de expresión, surge un perjuicio que ha tomado autonomía y se ha desarrollado de manera

⁶⁹ Ibid p. 1

⁷⁰ Ibid p.3

⁷¹ KOEHLER, JESSE. 2013. “Fralely v. Facebook’: The Right of Publicity in Online Social Networks”. [en línea]. Berkeley Technology Law Journal 28: 963–1001. <http://www.jstor.org.uchile.idm.oclc.org/stable/24122042?seq=1#page_scan_tab_contents> [consulta: 25 mayo de 2017]. P. 966

individual, por lo que ha sido necesario consagrar el Derecho legal de publicidad en el Derecho civil de algunos estados.

2.1. PRIVACIDAD Y ORIGEN DEL DERECHO DE PUBLICIDAD.

El entendimiento del derecho de publicidad fue formalmente presentado en el sistema legal americano en la década de 1950 como respuesta a la realización de que el derecho de privacidad no protege intereses económicos adecuadamente. Como veremos, este derecho no siempre se aplica a personas públicas, aquellas con un status de celebridad. Esos individuos voluntariamente se han dispuesto ante el ojo público y por ello serán mínimamente protegidos ante las existentes leyes de privacidad.

Las celebridades tenían solo una acción para defenderse la cual les permitía reivindicar su derecho en casos donde sus imágenes fueron usadas sin su autorización con resultante pérdida económica. En *Haelan laboraties, inc v. Topps chewing gum, inc.*, la corte por primera vez reconoció que un individuo tiene el derecho de publicidad o a un valor comercial en su imagen y el derecho de tener la capacidad para usar tal imagen. La opinión acuña el término derecho de publicidad y expresa la importancia de este derecho para personas famosas. Como la innovación en la tecnología aumenta, más foros para la publicación y uso de la imagen de la persona emergen en respuesta a estos usos novedosos el derecho de publicidad que se ha expandido en pos de proteger más aspectos de la identidad. En caso involucrando Bette Midler y la compañía de motores *Ford*, el noveno circuito determinó que una voz identificable constituye parte de la identidad comercial de la celebridad y debiese ser protegido. Años después el noveno circuito expandió aún más ese derecho en cuanto sostuvo que una publicidad representando un robot que se

parecía a la identidad de una celebridad Vanna White, violaba su derecho de publicidad.⁷²

Actualmente la identidad tiene un alcance más amplio abarcando casi todos los atributos asociados a la persona. Esto puede incluir voces distintivas, frases pegadizas, imágenes públicas o roles famosos, e incluso atributos que son evocativos pero no únicos a una persona en particular. Y mientras el derecho es reconocido en la mayoría de los estados el marco legal es un una "colcha remendada" de cuerpos legales civiles y los estados individuales difieren entre si el derecho es transferible o transmisible y que remedios aplicar.⁷³

El concepto del Derecho de publicidad surge a propósito de la ley de agravio a la privacidad de a principios de la década de los 60. De la mano del profesor William Prosser, surgen 4 categorías en las cuales la privacidad se puede ver dañada. Estas van de lo general - las cuales incluyen las premisas de protección de privacidad expuestas por Louis Brandeis y Samuel Warren en su ensayo "The Right to Privacy" - a lo particular. Esta última categoría correspondería al agravio a la privacidad de Prosser que consiste en la apropiación, para provecho del demandado, del nombre o imagen del demandante y es la que sienta el punto de partida para un progresivo reconocimiento de un Derecho de publicidad⁷⁴.

El Derecho de publicidad nace para proteger a nivel legal a su progenitor, el Derecho Constitucional de la privacidad por lo que comparten una relación de

⁷² STEIGER, DARYL. 2016. "Everyone's a Celebrity: The role of the Right of Publicity in a World Increasingly Dominated by Social Media". [en línea]. A Publication of the New York Intellectual Property Law Association 1922. <<https://www.Nyipla.org/images/nyipla/documents/report/octobernovember2016thereport.pdf>> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 3

⁷³ Ibid. p. 3

⁷⁴ KOEHLER, JESSE. 2013. "'Fraley v. Facebook': The Right of Publicity in Online Social Networks". [en línea]. Berkeley Technology Law Journal 28: 963–1001. <http://www.jstor.org.uchile.idm.oclc.org/stable/24122042?seq=1#page_scan_tab_contents> [consulta: 25 mayo de 2017]. P.966

género a especie. Desde la perspectiva de las formas en las cuales se puede presentar el perjuicio a la privacidad, uno de los tipos específicos de agravio a nivel legal es la apropiación del nombre o imagen de una persona para provecho del primero.

La política que justifica el reconocimiento de los agravios a la privacidad revelan exactamente lo que el Derecho de publicidad busca proteger. Prosser conceptualizó el cuarto elemento de apropiación indebida - del cual proviene directamente el Derecho de publicidad - como uno que protege el interés propietario en el uso de su nombre o imagen. Esto no significa que el perjuicio que produce la apropiación indebida representa exclusivamente un daño relacionado a la propiedad. La protección refiere su interés en la reputación de una persona, toda vez que se le entrega la posibilidad de decidir con que productos y servicios se le va a asociar, y a como el público - o al menos el público relevante - le percibe. Finalmente, el agravio causado por la apropiación indebida apunta a proteger la integridad mental de una persona al prevenir aflicción mental innecesaria o herir sentimientos, ambas producto de la percepción equivocada del público⁷⁵.

La facultad para administrar el nombre e imagen de una persona tiene su justificación en delimitar lo que es la esfera de lo privado. Uno de los aspectos que busca proteger el Derecho de publicidad es la esfera de control que tiene un individuo sobre qué información constituye su nombre e imagen. La información que queda en la esfera de lo público determina en gran medida su reputación. Así las cosas, ésta se constituye por la forma en que los demás perciben a esa persona y por cómo ésta última cree que los demás le aprecian. El daño producido en éste caso tiene como resultado una alteración en cómo las personas perciben a esa persona y cómo ésta cree que se proyecta hacia el público.

⁷⁵ Ibid. p967

Basado en los varios intereses que buscan proteger del agravio producto de la apropiación indebida, su percepción legal difiere en cuanto es aplicado a una celebridad o a una persona privada que no es celebridad. Específicamente, Prosser conceptualiza una expectativa de privacidad menor para figuras públicas, la cual deriva del hecho de que las figuras públicas buscan publicidad y dan su consentimiento para ello. Consecuentemente no podrán quejarse de que sus personalidades y sus asuntos se conviertan en contenido público, información que ya no podrá ser considerada como un asunto propio y privado. Calificar de tal forma a las figuras públicas, permite a la prensa obtener el privilegio de informar al público sobre aquellos asuntos que se han convertido en materias sujetas de interés público⁷⁶.

Por otra parte, los mismos razonamientos sirven para fundamentar un fuerte interés propietario en el nombre e imagen de una figura pública. Producto del daño causado a la privacidad como a la propiedad de la figura pública en virtud de la apropiación indebida de su nombre e imagen, la expectativa de compensación aumenta en posibilidades de tener un fallo a favor como en su cantidad⁷⁷.

De la apropiación indebida nombre e imagen de una figura pública, también es posible extraer un daño causado a la propiedad que se tiene sobre estos elementos que componen la reputación. Se puede ver que entre más audiencia tenga esta figura, más daño se causa en su reputación, por ende anulando de manera más intensa su facultad administrativa de su nombre e imagen.

Sin perjuicio de que la ley de daños a la privacidad generalmente involucra una recuperación por herir los sentimientos, las Cortes y algunos doctrinarios luchan con dificultad para que se reconozca la aplicabilidad del agravio de la apropiación indebida a personas privadas, toda vez que tienen dificultad en

⁷⁶ Ibid. p967

⁷⁷ Ibid p968

probar un perjuicio como un resultado de que la apropiación indebida causa una percepción equivocada de ella por parte de los demás⁷⁸.

Debido a que el enfoque propietario que utilizan las figuras públicas - que obedece a parámetros netamente económicos – les da una mayor facilidad para configurar el daño en una acción por apropiación indebida, éstas prefieren pasar por alto el daño causado a su privacidad en la forma de sentimiento heridos y angustia mental. Contrariamente, el estándar exigido a las personas privadas en términos de probar el perjuicio es más exigente puesto que éstos tendrán problemas para probar un daño tanto en la propiedad como en su privacidad.

Específicamente, esta línea de pensamiento enfoca el agravio producto de la apropiación indebida y producido a las personas privadas, a un daño monetario causado por la infracción al Derecho de propiedad que tiene cada uno, pasando por alto el daño a los sentimientos o la angustia mental que podría resultar de una apropiación como tal y el daño en su reputación que causaría⁷⁹.

Se desprende la dualidad de las raíces del Derecho de publicidad correspondientes a la propiedad y privacidad, existiendo la posibilidad de configurar una acción en cuanto cualesquiera de ambos intereses legamente protegidos sean infringidos.

Existe una visión que encuentra que las personas privadas no pueden cuantificar el daño monetario resultante del uso de su imagen o nombre, a diferencia de una figura pública que al poder lucrar de la publicidad de su nombre e imagen si podría⁸⁰.

⁷⁸ Ibid p968

⁷⁹ Ibid p968

⁸⁰ Ibid p968

De la perspectiva de probar y cuantificar el perjuicio económico se revela una dicotomía entre figura pública y persona privada, la cual genera una discusión que figura principalmente en el Derecho de publicidad, toda vez que este comparten tanto la misma política de justificación de los agravios a la privacidad como miramientos de la primera enmienda.⁸¹

La dicotomía consiste en que ambas personas privadas y públicas pueden accionar la protección del Derecho de publicidad. Sin embargo, debido a que las primeras tienen menos probabilidades de probar un daño económico y no económico sumado a que las segundas pueden configurar fácilmente un agravio patrimonial, se concluye que la protección en los hechos no será la misma para ambos actores.

Algunos casos de antaño que involucran un pseudo Derecho de publicidad demuestran la interconectividad de las aproximaciones tanto económicas como no económicas al agravio de la apropiación indebida y que posteriormente influenciaron la codificación del Derecho de publicidad en California como en otros estados⁸².

En 1905 La Corte Suprema de Georgia en *Pavesich v. New england life insurance Co.* Vio a través de la Ley de agravio a la privacidad, el reconocimiento de la importancia del Derecho a prevenir la apropiación indebida del nombre e imagen de un individuo en publicidades comerciales. El publicista en ese caso, una compañía de seguros, usó la imagen de Pavesich en una publicidad de la compañía, sugiriendo que la compañía tenía asegurado a Pavesich. Aunque no es el enfoque principal del fallo de la Corte, ésta sí reconoció que el uso comercial no autorizado del nombre o imagen de una persona coincide con y a la vez es distinto de los agravios de privacidad⁸³.

⁸¹ Ibid p968

⁸² Ibid p969

⁸³ Ibid p. 969

No obstante, antes del desarrollo del Derecho de publicidad no todas las Cortes estaban dispuestas a otorgar compensación por apropiación comercial indebida del nombre o imagen de un individuo bajo las concepciones de privacidad existentes. En 1941 el quinto circuito de la Corte de Apelaciones, en *O'brien v. pabst sales co.* No dio lugar a una compensación al jugador universitario de fútbol americano Davey O'brien que interpuso una acción de agravio a la privacidad, debido a que la Corte estima que una figura pública no podría ser susceptible de ser indemnizada en virtud de que el uso de su nombre e imagen causara una impresión equivocada de la reputación del demandante⁸⁴.

Específicamente, la Corte rechaza el concepto de que la reputación o los sentimientos de una figura pública puedan ser dañados por el uso que un particular haga de su identidad, como opuesto a la publicidad que en general rodea a una figura pública. Bajo un régimen moderno del Derecho de publicidad un caso como este por cierto hubiese sido fallado a favor de ser una apropiación indebida de la imagen de O'brien⁸⁵.

Similarmente, en 1902 la Corte de apelaciones de Nueva York en *Roberson v. Rochester folding box co.* Se niega a reconocer un Derecho de privacidad cuando rechaza una pretensión de una mujer de que un fabricante de harina la dañó al apropiarse de su imagen y utilizarla en publicidades relacionadas a su harina. La Corte sostuvo que el uso por parte del fabricante de harina no constituye perjuicio⁸⁶.

Roberson afirmó que el hecho de que sus amigos le reconocieran en la publicidad le ha humillado y dañado su buen nombre a tal punto que le ha causado gran angustia y sufrimiento tanto en cuerpo como en mente, obligándole a contratar a un médico. De manera, notable el voto minoritario reconoce la necesidad de compensar a Roberson al menos a través de un

⁸⁴ Ibid p. 969

⁸⁵ Ibid p. 969

⁸⁶ Ibid p. 970

remedio legal, que si bien no ha de ser una suma de dinero, si esté orientada a enmendar el daño causado en la reputación y la angustia emocional producida por el uso de su imagen por parte del fabricante de harina, como por ejemplo el retiro de la publicidad⁸⁷.

De la jurisprudencia expuesta, se puede desprender el reconocimiento temprano de la importancia del Derecho a prevenir la apropiación indebida del nombre e imagen de un individuo en publicidades comerciales. Un uso comercial no autorizado del nombre o imagen de una persona no necesariamente ha de otorgar una acción procesalmente factible puesto que las Cortes han sido reticentes en aceptar el daño a los sentimientos o la angustia mental producidas tanto a personas privadas como públicas.

Este desentendimiento judicial en relación a la susceptibilidad de poder compensar por la apropiación indebida del nombre e imagen de una persona, demuestra lo ancestral que es el conflicto sobre la relación entre interés periodístico, perjuicio y privacidad. Con el tiempo, el daño proveniente de la apropiación indebida se ha desarrollado de manera aparte del daño de la privacidad - el cual es como un hermano suyo - debido a que ambos poseen raíces duales; económicas y no económicas⁸⁸.

2.1.1. EL DESARROLLO DEL DERECHO DE PUBLICIDAD COMO UN AGRAVIO ESPECÍFICO.

Con el apoyo de la doctrina y de la jurisprudencia, la proposición de Prosser logró reconocimiento y dio paso a un Derecho legal aparte conocido como el Derecho de publicidad. Toda vez que el primitivo agravio por apropiación indebida permitía compensación por el daño económico, algunos investigadores

⁸⁷ Ibid p. 970

⁸⁸ Ibid p.970

legales caracterizaron el Derecho de publicidad solamente como una protección en contra del daño económico⁸⁹.

Estos críticos están a favor de la división entre un Derecho de publicidad enfocado en la compensación por el daño económico y otro centrado en la reparación a los daños causados al bienestar emocional de la persona. A grandes rasgos, una división así produce que las figuras públicas esgriman un Derecho económico de publicidad y las personas no celebridades, han de optar obligatoriamente por el daño no económico producto de la apropiación indebida⁹⁰.

En antaño, el daño producido por la apropiación indebida del nombre o imagen de una persona normalmente toma un enfoque económico representado en las penas aplicadas que eran monetarias. Debido a este antecedente y junto con el surgimiento del Derecho legal de publicidad, una posición doctrinaria considera dividir a éste último según sus raíces duales; entre un daño económico y otro no económico.

Como consecuencia de esta división, se separa a los posibles demandantes entre personas privadas y públicas, imputándoles un daño a la privacidad al primero y al segundo uno propietario. Este enfoque del daño causado, deteriora aún más la situación de los actores privados puesto que si bien ellos desde ya tienen dificultades para probar ambos tipos de daños, de igual forma tenían la posibilidad de utilizar ambas perspectivas para determinar una eventual compensación.

Por ejemplo, el profesor Robert C. Post, se inclina por tal división entre un daño económico y no económico. Para este autor, el Derecho de publicidad y la apropiación fluyen desde compromisos morales muy diferentes, por lo que no es suficiente dejar que ambos daños queden a elección del demandante. Se

⁸⁹ Ibid p.970

⁹⁰ Ibid p.971

forma una aguda contradicción interna para el demandante puesto que pretende alienar y objetivar su imagen y simultáneamente pretende que ella siga siendo integral a su propia identidad en la manera presupuesta por el agravio de apropiación⁹¹.

La posición del profesor Post se conforma con un lenguaje tanto legal como judicial limitando el Derecho de publicidad de algunos estados del país en específico. Sin embargo, no todos los estados tienen un lenguaje judicial o legislativo dentro de sus casos y leyes que sea tan restrictivo; en vez de ello, aquellos estados reconocen un Derecho singular de publicidad más que el conjunto de ambos derecho de publicidad y agravio de apropiación indebida⁹².

Bajo una construcción tan singular, un aporte únicamente económico al Derecho de publicidad sugiere limitar el espectro del Derecho a solamente las celebridades. Por ello, surge una barrera que previene que las personas privadas obtengan compensación producto de la angustia mental y el daño en la reputación, ambos causados por la apropiación. Consecuentemente, el daño causado por esta apropiación indebida revela la ausencia de una acción aparte, que esté disponible para las no celebridades⁹³.

Una construcción del Derecho de publicidad que divide el daño entre uno económico y no económico, que distingue entre demandantes figuras públicas y personas privadas, restringe el ámbito de protección de la norma. A base de una distinción arbitraria de lo que es o no celebridad, se estipula que solamente las personas publicas podrán probar un daño económico y se presume que las privadas de ninguna forma podrían articular ni sufrir un daño de tal índole.

Nimmer se opone a una construcción así del Derecho de publicidad. El cree que no es práctico el intento de trazar una línea entre que personas han

⁹¹ Ibid p.971

⁹² Ibid p. 971

⁹³ Ibid p.971

obtenido el estado de celebridad y cuales no; en vez de ello, debiese ser sostenido que cada persona tiene el Derecho de propiedad de publicidad⁹⁴.

Un acercamiento económico como el anterior, se fundamenta fuertemente en la posibilidad de alienar o transferir el Derecho de publicidad de un individuo de tal forma que se le otorgue a este individuo el uso de su identidad para con una compañía o un publicista. Este enfoque de que la imagen debe ser alienable o transferible, enfatiza en el valor de la apropiación del nombre o imagen de un individuo para un potencial publicista, más que reconocer el demérito del Derecho de publicidad de un individuo, resultante de una apropiación indebida⁹⁵.

Reconocer el derecho de propiedad en la imagen tanto a las personas privadas como a las públicas implica otorgarles a las primeras la posibilidad de alienar o transferir su nombre o imagen, sin importar el valor que tenga ésta para un publicista.

En particular, este enfoque ignora la más convincente justificación para el Derecho de publicidad; la autonomía, la dignidad personal y los daños emocionales y a la reputación asociados a su violación. Estas justificaciones no necesariamente requieren cumplir el requisito de la alienabilidad y de igual forma permiten compensación, cuando son infringidos de manera injusta⁹⁶.

En cambio, una aproximación más holística a un Derecho de publicidad singular, reconoce el daño no económico causado a una persona en la forma de vergüenza e incomodidad que surge por tener su nombre o imagen asociada a productos y servicios incongruentes con sus valores⁹⁷.

⁹⁴ Ibid p. 972

⁹⁵ Ibid p. 972

⁹⁶ Ibid p. 972

⁹⁷ Ibid p. 972

El reconocimiento de los daños no económicos como tales, caracterizan en parte al Derecho de publicidad, como lo diría Mark P. Mackenna; este reconocimiento involucra el legítimo interés de un individuo para una autónoma definición de sí mismo. Este alcance del Derecho de publicidad se enfoca en la habilidad de un individuo (figura pública o persona privada) para controlar su identidad y definir por sí mismo como el público le percibe⁹⁸.

La necesidad de enmendar tanto el daño económico producido a la propiedad como el no económico relacionado a la angustia mental, son las raíces que justifican el surgimiento del Derecho de publicidad. Reconocer la posibilidad de convivencia de ambas fuentes, revela un enfoque dirigido a la persona en sí más que en su calidad de celebridad o no. En consecuencia, se permite la posibilidad a todos los individuos de proyectar su identidad a través de influenciar la percepción que tiene el público sobre él.

Así, la apropiación indebida del nombre o imagen de una persona, dañará directamente al individuo toda vez que forzosamente le niega el Derecho a definir su identidad. Este enfoque no se fija si es que la apropiación indebida percibida sería objetable por el público en general, sino en que la apropiación indebida en particular, entra en conflicto con la persona y su identidad, desestabilizando la definición que tiene el individuo de sí mismo.⁹⁹

Muy como la racionalización de Prosser del agravio de la apropiación indebida, un Derecho de publicidad holístico también se preocupa de proteger los intereses de la reputación de un individuo. Por ejemplo, si una compañía utiliza el nombre de una persona privada para una publicidad de seguros de vida, ese individuo privado no necesariamente podrá reclamar muchos daños económicos por el uso de su nombre. Sin perjuicio de ello, el individuo ciertamente deberá cargar con el único costo de tener que ser asociado

⁹⁸ Ibid p. 972

⁹⁹ Ibid p. 972

públicamente con un producto que podría ser incongruente con la identidad pública definida por el individuo mismo¹⁰⁰.

2.1.2. LEY DE DERECHO DE PUBLICIDAD DE CALIFORNIA.

Sin perjuicio de que actualmente varios estados norteamericanos reconocen un Derecho civil de publicidad, algunos como los de California y Nueva York han ido más allá, codificándolo. El Derecho legal de publicidad de California estipula que cualquier persona que intencionalmente use el nombre, voz, firma, fotografía, o imagen de una persona, de cualquier manera, con el propósito de hacer publicidad o vender o solicitar compras, sin el consentimiento previo de aquella persona, será responsable por los daños soportados por la persona o personas dañadas como resultado de todo el evento¹⁰¹.

En un principio, la ley de California surgió como una respuesta a la necesidad del estado de proteger la industria del entretenimiento y de sus celebridades. Sin embargo, las cortes de California han interpretado los registros legislativos del cuerpo legal para apoyar la conclusión de que el Derecho necesitaba extenderse más allá de las celebridades y figuras públicas¹⁰².

Para dicho fin, el cuerpo legal específicamente estipula una compensación para las personas afectadas por el uso no autorizado, compuesta por los daños actuales sufridos más cualquier otra ganancia atribuible al uso, o en alternativa, \$750 USD. Al estipular un mínimo a compensar por los daños, la ley se extiende de manera más fácil a las personas privadas, quienes de otra forma tendrían que dificultosamente luchar para cuantificar y demostrar un valor comercial en su nombre o imagen¹⁰³.

¹⁰⁰ Ibid p. 973

¹⁰¹ Ibid p. 973

¹⁰² Ibid p. 973

¹⁰³ Ibid p. 973

La ley estipula un mínimo legal de daños a indemnizar en alternativa al cálculo de los daños tanto actuales como los que con el tiempo aparezcan, causados por el uso con propósito comercial y no autorizado. En tanto el demandante tenga dificultades en cuantificar y demostrar el daño a su nombre e imagen o que éste sea inferior al mínimo legal, optará por ésta última.

La posibilidad de optar por un mínimo legal en daños, abre la puerta para que los demandantes - que no estén identificados con la condición de celebridad de la industria del entretenimiento o con figuras públicas - puedan sustentar su acción a través del valor comercial que podría tener su identidad y reputación o por la angustia mental y los sentimientos heridos.

La ley de Derecho de publicidad de California implica la inclusión del daño no económico asociado a la reputación y a la importancia de la persona. Esta dualidad de la ley de California del Derecho de publicidad surge a partir de fijar un mínimo legal por daños, reconociendo el Derecho de las personas privadas y también por la aquiescencia de la corte de que herir sentimientos también constituye una posibilidad de cumplir con el requisito de probar el daño¹⁰⁴.

2.2. TENSION ENTRE PRIVACIDAD E INTERÉS PERIODÍSTICO.

Debido a que la ley de Derecho de publicidad de California previene que un locutor comercial se apropie de manera indebida del nombre e imagen de una persona, causa una tensión en el espectro de lo que el locutor puede decir¹⁰⁵.

Consecuentemente, el Derecho de publicidad podría entrar en conflicto con las libertades de expresión y de prensa provenientes de la primera enmienda. La sociedad americana y su sistema legal, desde hace tiempo que

¹⁰⁴ Ibid p.974

¹⁰⁵ Ibid p.975

ha reconocido la importancia fundamental del Derecho del público de ser informado y de mantenerlo actualizado en asuntos importantes, así como también como la necesidad de una prensa libre de informar al público¹⁰⁶.

Por ende, el Derecho de publicidad y el concepto de interés periodístico requieren un examen de ponderación que sopesa el interés periodístico del discurso en cuestión, con el Derecho de publicidad de la persona implicada como sujeto materia del discurso. Como resultado de variadas expectativas de privacidad, este examen de ponderación es aplicable a figuras públicas como opuestos de personas privadas.¹⁰⁷

Por el otro lado de la frontera con la privacidad, se encuentra la libertad de expresión y de prensa. Del conflicto entre estas dos garantías constitucionales se suele establecer el marco que determina que información corresponde a la esfera privada o pública y por ende que pueden publicar los locutores comerciales.

La Corte suprema de los Estados Unidos se refirió a este conflicto y a la necesidad de la ponderación en el emblemático caso de Derecho de publicidad de 1977, *Zacchini v. Scripps-howard broadcasting co.* En *Zacchini*, la corte se fija en que si una transmisión de un reporte de noticias del acto de Hugo Zacchini, - bola de cañón - violaba o no su Derecho de publicidad. La Corte toma un acercamiento económico al Derecho de publicidad y sostiene que el interés del estado a través del Derecho de publicidad está en proteger el interés propietario de la persona y de su acto, el cual es principalmente para incentivar tal entretenimiento¹⁰⁸.

De manera notable, la corte falla que trazar una línea entre la primera enmienda y el Derecho de publicidad de *Zacchini* claramente favorece a este

¹⁰⁶ Ibid p.975

¹⁰⁷ Ibid p.975

¹⁰⁸ Ibid p. 975

último. En este sentido, la corte rechaza el argumento de que el interés periodístico del evento debería inmunizar a los medios de comunicación de la responsabilidad por las ganancias obtenidas o por lucrar con transmisión de Zacchini y de su acto por completo. El argumento se ve reforzado toda vez que la transmisión en vivo se realizó sin pagar y sin solicitar el consentimiento del demandante. Además, por el hecho de que se arruinó la novedad del evento, se afecta la potencial ganancia de la transmisión que el mismo Zacchini podría tener de su acto.¹⁰⁹

Ciertamente Zacchini representa un ejemplo claro de un caso en donde el Derecho de publicidad triunfa sobre el interés periodístico, pero el asunto con el interés periodístico usualmente involucra más balance y discusión¹¹⁰.

Este caso muestra que desde antaño la libertad de expresión y de prensa entran en conflicto con la propiedad que se tiene sobre la identidad de la persona, representada por la reputación conformada por el nombre e imagen del demandante y también por el contenido de su acto.

2.2.1. DIFERENTES ESTÁNDARES DE INTERÉS PERIODÍSTICO PARA PERSONAS PRIVADAS VERSUS FIGURAS PÚBLICAS

Prosser reconoce que las personas privadas tienen una expectativa de privacidad más alta que las figuras públicas. Como resultado de este nivel más bajo de expectativa de privacidad para figuras públicas, generalmente las cortes requieren un estándar más alto de intrusión para probar una invasión a la privacidad. Una batería de varios casos emblemáticos sobre difamación, revelan como los diferentes estándares interactúan con aplicación de la excepción de interés periodístico contemplada en la ley¹¹¹.

¹⁰⁹ Ibid p. 975

¹¹⁰ Ibid p. 975

¹¹¹ Ibid p. 976

Sin perjuicio de que la difamación es el asunto principal de los casos presentados, la jurisprudencia presentada ayuda a esquematizar como la protección de la libertad de expresión varía para las personas privadas o públicas.

En el caso *New York times v. Sullivan*, la Corte Suprema explícitamente se hizo cargo de como la dicotomía entre persona pública y privada afectaba la ley. El caso confronta al *New York times* y a su Derecho de libertad de expresión y prensa con Sullivan, un comisionado electo de la ciudad de Alabama, que difamación por parte del periódico¹¹².

Basada en la posición de Sullivan como oficial público del gobierno, la corte reconoce que la prensa y los locutores en general, necesitan un zona de protección para criticar las acciones de un oficial público sin que puedan ser amenazados con una demanda por difamación o bien afectados por el efecto de la auto censura causado por la amenaza de la demanda¹¹³.

Para crear tal zona neutral, la corte estableció para las figuras públicas un estándar de prueba más exigente a cumplir para obtener compensación por difamación. Este estándar de malicia efectiva requiere que una figura pública pruebe que el locutor difamador actúe con conocimiento de la falsedad o desconsideración imprudente de la verdad en cuanto hable sobre la figura pública. El estándar seguro para los locutores que critican o comenten acciones de una figura pública se ve condicionado a que el locutor no actúe con malicia efectiva en el transcurso de la publicación de la difamación¹¹⁴.

Debido a que un funcionario del gobierno es considerado figura pública, la zona de protección para la prensa y los locutores en general será más amplia en comparación a la de una persona privada.

¹¹² Ibid p. 976

¹¹³ Ibid p. 976

¹¹⁴ Ibid p. 976

Por otra parte, en *Gertz v. Robert Welch inc.*, la corte claramente rechaza extender el estándar de malicia actual a personas privadas que aleguen difamación. La corte se enfoca en la habilidad de una figura pública de acceder a canales de comunicación para contraatacar declaraciones falsas y en como la aceptación voluntaria de la figura pública de entrar en la esfera pública, conlleva el riesgo de potenciales mentiras difamatorias¹¹⁵.

Específicamente, la corte falló que una persona privada no ha renunciado a ninguna parte de su interés en la protección de su propio buen nombre y consecuentemente tiene una postura más convincente en las cortes para rectificar el perjuicio infringido por las mentiras difamatorias.¹¹⁶

En el caso de las personas privadas, debido a que no han renunciado a ninguna parte de su interés en la protección de su propio buen nombre, la divulgación no necesita ser con intención de perjudicar. En comparación a las personas públicas, las primeras tienen una mayor dificultad para enmendar un daño por sus propios por lo que la protección del interés periodístico será menor.

Ambos casos demuestran que las personas privadas han asegurado una gran protección proveniente de la ley, al evadir una inmersión voluntaria en la esfera pública y al mantener sus acciones privadas alejadas de lo que cualquier corte considere interés periodístico¹¹⁷.

2.2.2. CODIFICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INTERÉS PERIODÍSTICO EN EL ART 3344(D) Y LA EXPANSIÓN A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA.

Para reforzar la importancia de la libertad de expresión y del interés periodístico en la aplicación de la ley de Derecho de publicidad de California, la legislación californiana codificó la excepción legal del interés periodístico en el

¹¹⁵ Ibid p. 977

¹¹⁶ Ibid p. 977

¹¹⁷ Ibid p.977

código civil de california en el artículo 3344(d). Tal disposición, exime de responsabilidad legal por el uso del nombre, voz, firma, fotografía o imagen en conexión con noticias, asuntos públicos, transmisiones, resúmenes deportivos o cualquier campaña política¹¹⁸.

Incluso si las excepciones en este artículo aparecen ser bastante directas y limitadas, las cortes de california han expandido el ámbito del uso de la excepción, para incluso proteger usos comercialmente motivados, siempre y cuando la apropiación no fuese completamente para propósitos publicitarios¹¹⁹.

Por ejemplo, en *Dora v. Frontline video inc.* La Corte de Apelaciones de California sostuvo que el uso de una imagen de un surfista famoso en el contexto de un documental de surf, constituye un uso exento bajo el 3344(d). Frontline produjo un documental en video haciendo una crónica de los eventos y figuras públicas, incluyendo a Dora. Esta última aparece criticando el nacimiento del estilo de vida del surfista, un estilo de vida que la corte sostuvo que ha influenciado la cultura popular¹²⁰.

Debido a que Frontline usó con interés periodístico el nombre e imagen de Dora y de otros surfistas en el contexto relatado de un documental sobre surf, la corte encuentra que Frontline hizo un uso protegido bajo la excepción y eximido de responsabilidad bajo el 3344(d)¹²¹.

Al contrario, el Noveno Circuito – Corte de Apelaciones - en *Abdul-jabbar v. General Motors corp.*, falló que la excepción de interés periodístico del apartado 3344(d), no se extiende a usos que constituyan una apropiación principalmente para propósitos publicitarios¹²².

¹¹⁸ Ibid p.977

¹¹⁹ Ibid p.977

¹²⁰ Ibid p.978

¹²¹ Ibid p. 978

¹²² Ibid p.979

En Abdul-jabbar, la corporación General Motors (GMC) usó a un jugador de basquetbol llamado Kareem Abdul-jabbar y a su nombre antiguo - Lew Alcindor - en un comercial de televisión que se exhibió durante un torneo masculino de basquetbol. La corte estimó que el uso por parte de GMC del nombre antiguo de Abdul-jabbar atrajo la atención de los telespectadores, creando una ventaja comercial para GMC, toda vez que el primer paso para vender un producto o servicio es atraer la atención de los consumidores.

Al intentar defenderse con la excepción de interés periodístico respecto del uso del nombre de Abdul-jabbar, aparte del contexto de su propio interés público, GMC fue más allá de los límites de la seguridad de la libertad de expresión y causó un daño tanto en la propiedad como en la reputación de Abdul-jabbar, ya que su nombre se encuentra protegido por su derecho de publicidad.¹²³

Tal y como los casos lo indican, el interés periodístico de las acciones de una persona pública y la libertad de la prensa para comentar, es frecuentemente el punto de partida del conflicto con el Derecho de publicidad del individuo¹²⁴.

Las cortes de California han expandido el ámbito del uso de la excepción legal del interés periodístico que exime de responsabilidad legal siempre y cuando la apropiación no fuese completamente para propósitos publicitarios. Utilizar la imagen de un deportista famoso en el contexto de un documental de un deporte en particular podría ser un uso exento y protegido por la excepción de interés periodístico si su propósito principal no es mayoritariamente publicitario o para provecho comercial.

Cuando el discurso se apropia del nombre o imagen del individuo, en el contexto de aquellas acciones dignas de interés periodístico, el caso Dora

¹²³ Ibid p. 979

¹²⁴ Ibid p. 979

indica que el interés público, representado por la excepción de interés periodístico, triunfa sobre el interés del individuo de controlar el uso de su nombre o imagen¹²⁵.

Por otro lado, el fallo del noveno circuito en Abdul-jabbar, distingue entre apropiaciones del nombre o imagen de una persona, usos reconocidos y exentos, principalmente por propósitos publicitarios. Estos usos están centrados en la publicidad, como por ejemplo aquellos que infringen el interés en la propiedad y reputación de una persona y que proviene de su Derecho de publicidad.¹²⁶

¹²⁵ Ibid p. 979

¹²⁶ Ibid p. 979

3. CAPITULO III: EL DERECHO DE PUBLICIDAD EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

El derecho de publicidad diverge de su predecesor el derecho de privacidad, especialmente porque protege el uso comercial de la identidad personal. De hecho, si bien el derecho de privacidad protege una persona individual, no protege el valor comercial de su identidad. El derecho de publicidad provee a los individuos la prerrogativa al uso exclusivo y comercial de su nombre e imagen y también para prevenir usos comerciales no autorizados.¹²⁷

La distinción entre usos comercial y no comercial es complicada debido a que no hay una línea clara o regla que diferencie entre estos dos. La definición tradicionalmente usada de discurso comercial es un discurso que propone una transacción comercial. Este vago entendimiento del uso comercial ha guiado a inconsistencias en varios casos de derecho de publicidad, extendiendo la protección a usos no comerciales. Incluso poniendo énfasis en el uso comercial como factor para otorgar protección existe un número de casos en donde se ha extendido la protección a usos no comerciales. En *Parks v. Laface records*, Rosa Parks interpuso una acción en contra de la banda *Outkast* por el uso no autorizado de su nombre en el título de una canción. La corte permitió a la señora Parks perseguir este asunto como una pretensión de derecho de publicidad sin perjuicio del hecho que el uso no era de naturaleza comercial. Similarmente la corte en *Doe v. TCI cablevisión* acogió una acción de derecho de publicidad interpuesta por Tony Twist - un ex jugador de hockey - para inhibir el uso de su nombre como personaje de una tira cómica. Aquí la corte adoptó

¹²⁷ STEIGER, DARYL. 2016. "Everyone's a Celebrity: The role of the Right of Publicity in a World Increasingly Dominated by Social Media". [en línea]. A Publication of the New York Intellectual Property Law Association 1922. <<https://www.Nyipla.org/images/nyipla/documents/report/october-november2016thereport.pdf>> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 3

un test que sopesa la calidad expresiva del uso de la identidad de un individuo con su propósito comercial, lo que crea complicaciones adicionales para determinar el perjuicio causado a los demandantes y que daños pueden o debiesen ser otorgados.¹²⁸

El derecho de publicidad puede ser distinguido más profundamente del derecho de privacidad a través de la forma en la cual el derecho es visto y a los individuos a los cuales los derechos apuntan a proteger. El derecho de publicidad tiene dos metas principales: proteger individuos ser damnificados por un no autorizado y no bienvenido uso de su identidad y para proteger el interés propietario en esa identidad. Melvin Miller observa que la diferencia principal entre el derecho de privacidad y el de publicidad es que el primero es personal y no asignable mientras que el segundo puede ser licenciado o asignado.¹²⁹

Algunos consideran que este derecho se ha expandido de sus estrechos orígenes de la privacidad terminando en un virtualmente ilimitado y transmisible asignable derecho de propiedad. Una perspectiva de la distinción entre los derechos es que ellos son el inverso uno del otro. Mientras que la fama y publicidad de una persona incrementa, su privacidad necesariamente decae. Esta perspectiva emparejada con el indica que los derechos se aplican de manera diferente y desproporcionada a celebridades y no celebridades; con éstas últimas principalmente o quizás únicamente capaces de tener un derecho de privacidad.¹³⁰

El derecho de publicidad ha desarrollado dos acercamientos distintivos correspondientes a los estados de Nueva York y California. La mayor diferencia entre estos dos deriva de que nueva york reconoce el derecho de publicidad dentro del contexto del derecho de privacidad, el cual está codificado en la ley de privacidad de nueva york más distanciándose de ser un derecho aparte. Este

¹²⁸ Ibid p. 3

¹²⁹ Ibid p. 4

¹³⁰ Ibid p. 4

acercamiento provee una excepción amplia para la primera enmienda e interpreta la excepción de interés periodístico de manera más amplia. Así como la ley deriva del derecho de privacidad, ésta se enfoca en la intrusión de los asuntos privados de un individuo aunque se ha probado ser muy amable y protectora con los medios de comunicación social. Nueva York sólo reconoce el derecho vía estatuto legal mientras que California lo reconoce bajo la jurisprudencia y estatuto legal civil. California y los estados que siguen este alcance ven el derecho como transmisible y también abogan a por un derecho de publicidad post mortem para aquellos que han muerto dentro de los últimos 70 años. A diferencia de California Nueva York no tiene un derecho de publicidad o privacidad post mortem pero la ley reconoce que el derecho se adhiere al individuo que reside en otro estado.¹³¹

Existen muchas justificaciones de índole político para el derecho de publicidad, entre ellas podemos encontrar los derechos naturales, equidad, incentivos para eficiencia económica y prevenir engaño. La teoría de los derechos naturales entiende que la identidad es propiedad del individuo y por ende puede administrarla a su antojo, previniendo que otros se aprovechen de manera injusta y gratuita para beneficiarse económicamente del valor que la persona ha construido en su identidad.¹³²

La justificación del incentivo radica en que dar a los individuos el derecho exclusivo a capitalizar el valor económico proveniente de su identidad, anima a invertir en desarrollar sus habilidades y talentos. Debido a que tal inversión produce un comportamiento deseablemente favorable y contribuye a formar una sociedad más productiva, merece ser protegida. La teoría de la eficiencia económica reconoce que convertir a un individuo en árbitro de como y cuando usar su identidad comercialmente, ayuda a maximizar su valor económico. Sin esta protección, cualquiera que quiera usar la identidad de alguien podría

¹³¹ Ibid p. 4

¹³² Ibid p. 4

hacerlo como quiera, debilitando cualquier signo distintivo asociado con esa identidad, provocando una pérdida del valor económico. Por ende otorgar un derecho de propiedad en los términos descritos favorece una asignación eficiente de escasos recursos y ayuda a asegurar que éstos lleguen a los más y mejores usos.¹³³

Finalmente, la justificación anti engaño reconoce que asignar derechos de propiedad en la identidad de uno puede ayudar a prevenir usos comerciales engañosos. Este argumento provee una modesta justificación porque uno puede infringir el derecho de publicidad sin cometer engaño. Sin perjuicio del número substancial de justificaciones propuestas para este derecho, de acuerdo a algunos doctrinarios, aun no es claro porque los individuos debiesen tener este derecho.¹³⁴

La versión moderna del derecho de publicidad ha cambiado su énfasis, alejándose de proteger la identidad del individuo para acercarse a resguardar el valor económico que una celebridad puede tener. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que todas las personas tienen un derecho de publicidad - sin perjuicio de su status de celebridad - y por ende tienen el control de la comercialización de sus atributos personales.¹³⁵

Aunque el estado de celebridad del demandante podría ser un problema relevante en determinar la comerciabilidad de su información personal, en general no es considerado ser un prerrequisito para interponer una acción de derecho de publicidad. En contraste dejar a todos con el derecho de publicidad que protege contra los usos no autorizados y no comerciales de una persona y su identidad esto también puede avergonzar o dañar físicamente al individuo. Mientras que técnicamente el derecho de publicidad se extiende a todos los individuos, en la práctica las personas que carecen de la calidad de celebridad

¹³³ Ibid p. 4

¹³⁴ Ibid p. 4

¹³⁵ Ibid p. 4

no son consideradas como para tener suficiente valor en su identidad para justificar un litigio para defender su derecho.¹³⁶

Sin perjuicio de la mayoría de la doctrina, la tendencia actual en la jurisprudencia favorece a las celebridades de manera desproporcionada y raramente tienen éxito en casos de derecho de publicidad. En gran parte, esto es un resultado de la carga puesta en el demandante para demostrar que su identidad tiene valor comercial y que ella fue explotada con propósitos comerciales (presumiblemente una tarea difícil para las no celebridades).¹³⁷

A través de la última década, el tratamiento mayoritario que se le da a la infracción es buscar algún tipo de elemento identificable que pueda ser reconocible, el cual ha sido inconsistentemente aplicado, generando aversión a casos interpuestos por no celebridades. El análisis consiste en que la identidad sea distinguible y reconocible para aquellos receptores de la publicidad y dando por sentado que su valor comercial deriva de la generalizada extensión de la capacidad de reconocer tal identidad. En *Cheatham v. Paisano Publications, inc.* Y *Pesina v. Midawy Manufacturing co.* Los demandantes - no celebridades - intentaron usar el razonamiento del noveno circuito de la Corte de Apelaciones esgrimido en *Motschebacher v. R.J. Reynolds Tobacco co.* Para proteger su imagen pública, sin embargo debido a la vaguedad de lo que se entiende por identificable y junto a las interpretaciones de las cortes en la materia sus intentos fueron insuficientes. Estos fallos sugieren que para el demandante el concepto de lo que es identificable dependerá de que sí es reconocible a una generalizada audiencia que pareciera necesitar un cierto grado de celebridad nacional como prerrequisito para que prospere una acción bajo el derecho de publicidad. No obstante, como resultado del avance de la tecnología y el surgimiento de los medios de comunicación sociales, el término celebridad ha cambiado y los ciudadanos privados o no celebridades han encontrado un

¹³⁶ Ibid p. 4

¹³⁷ Ibid p. 4-5

espacio de visibilidad para ser identificables. Así las cosas, actualmente este derecho opta por dar prominencia por una población mas ancha de individuos y por ello las cortes debiesen responder acorde.¹³⁸

3.1. LA REVOLUCIÓN DE LOS MEDIOS SOCIALES DE COMUNICACIÓN

En suma a los interminables cambios tecnológicos a los que la ley se tiene que adaptar, la llegada de los medios de comunicación social y la forma e que ha invadido e impactado nuestra sociedad ha generado algunas implicancias para el derecho de publicidad. Los medios de comunicación social se corresponden con una plataforma colectiva inteligencia que permite a los individuos compartir información y ofrece una variedad en aumento de formas para compartir fotografías y exponer preferencias personales. Dependiendo de los ajustes de privacidad determinados por el usuario en su perfil, éste último podría ser visible para toda la comunidad. En mayor profundidad, los medios de comunicación social y los avances tecnológicos han implicado el “copiado y pegado” de información permitiendo apropiarse de ellas de variadas y crecientes formas. Esto ha desafiado al derecho de publicidad el cual ha luchado con dificultad para mantenerse a la par con la evolución de los medios, a través de como el nombre, retrato, imagen, fotografía o voz de una persona puede ser explotado.¹³⁹

La naturaleza pública de este foro ha atraído la atención de muchas compañías y marcas. Por ejemplo en marzo de 2014 Duane Reade reprodujo en *twitter* una fotografía de Katherine Heigl entrando a una de sus tiendas con la leyenda “*love a quick #duanereade run?*” Incluso @katieheigl no puede resistir comprar en la tienda favorita de #NYC. Heigl demandó por violar su derecho de publicidad argumentando que la cadena intentó explotar su imagen en la forma de publicidad. Aunque la demanda fue finalmente retirada este caso

¹³⁸ Ibid p. 4-5

¹³⁹ Ibid p. 5

ilustra las implicancias actuales de la social media por el derecho de publicidad.¹⁴⁰

Mientras los consumidores continúen en exponer su estilo personal en esas plataformas, las marcas han encontrado formas para capitalizar aún más en este nuevo medio para promover sus diseños o productos. Esto significa que hay un número en incremento de las formas en que las compañías encuentran imágenes o información de o sobre sus clientes, vistiendo comprando o interactuando con sus productos. Un reporte hecho por Nielson resalta que los medios de comunicación social permiten a los consumidores generar y aprovechar las opiniones de un universo exponencialmente más amplio. Mientras que la publicidad del boca a boca siempre ha sido importante su alcance solía limitarse a la gente que conocías e interactuabas con en el día a día. Los medios de comunicación social han quitado esa barrera y empoderando a los consumidores.¹⁴¹

Un método que los dueños de marcas usan para identificar a que consumidores se tiene alcance es el “*hashtag*”, otro es permitir a los usuarios de gustar o seguir marcas en las redes sociales. Algunas plataformas permiten a los usuarios republicar imágenes conteniendo estilos y looks. Las compañías están reconociendo que la promoción comercial en la forma de publicidad por referencia hecha entre pares no sólo es más barata sino que tiene mas llegada a los consumidores, es mas creíble y efectiva que las publicidades tradicionales. Sin embargo, muchas de esas plataformas tienen términos de uso y políticas privacidad que les otorga el derecho a exhibir el contenido publicado por cualquier usuario, los vendedores al por menor del “*retail*” no tienen los mismos derechos o licencias y por ende no podrían apropiarse del contenido para su propósito. Sheppard Mullin, Richter & Hampton LLP destaca que ellos podrían ser sorprendidos que los envíos por parte de los consumidores están

¹⁴⁰ Ibid p. 5

¹⁴¹ Ibid p. 5

bajo el alero del derecho de publicidad ya que después de todo los usuarios están voluntariamente publicando fotos de ellos en sitios sabiendo que podrían ser usadas para publicitar una marca. El hecho de los medios de comunicación social provean un foro para esta inteligencia colectiva en donde los consumidores pueden interactuar con los compañías y marcas, no reduce o renuncia a la titularidad del derecho de publicidad otorgado a los usuarios por ley.¹⁴²

3.1.1. LA NUEVA CELEBRIDAD Y EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA COMERCIALIZACIÓN DE LA IMAGEN PÚBLICA DE LAS PERSONAS.

Así como la revolución de los medios de comunicación social avanza en desarrollar el concepto de que constituye el interés en el valor económico del término celebridad continua en evolucionar y transformarse. Con los cambios en la tecnología el significado de celebridad ha cambiado debido a que la actualidad la fama puede ser adquirida en un variado e incremental número de formas. El estado actual de los medios de comunicación social ha creado y expandido la noción de celebridad ya no mas constriñéndose a las estrellas de Hollywood o a personalidades de televisión. Por hoy, la escena está inundada con estas nuevas celebridades provenientes de las redes sociales en línea como *Youtube* o *Instragram*. Estas nuevas celebridades están comenzando a ganar reconocimiento por las industrias más grandes del rubro. Sin embargo, mientras que estos individuos adquieren su status a través de plataformas que proveen exposición al público, esto no significa que ello se convierta una fuente de ingresos, influenciando de manera grave la dificultad para probar el valor comercial de la imagen publica de esa persona, determinando la susceptibilidad de accionar por derecho de publicidad.¹⁴³

¹⁴² Ibid p. 5

¹⁴³ Ibid p. 5-6

Incluso los individuos que no han notado la aparición de este nuevo status de celebridad, enfrentan más exposición que nunca cuando apareció la ley. La tecnología, los medios de comunicación social y su boom han convertido a la privacidad y al anonimato en casi una utopía, en tanto los individuos que interactúan con cualquier plataforma se han hecho ellos mismos más identificables y accesibles por otros. Nuestra cultura tiene una fascinación poderosa con la persona común, evidenciado por la popularidad de los *Reality Shows*. Esto ha hecho surgir dos cuestionamientos:

1 Por qué el derecho de publicidad se aplica de manera tan desproporcionada a los individuos que encajan en la categoría de celebridad y que la ley originalmente buscaba proteger y;

2 Hasta qué punto una personalidad tiene valor comercial suficiente para merecer protección, especialmente en el contexto de una exposición aumentada de los individuos frente a las nuevas tecnologías.¹⁴⁴

3.1.2. UNA ACTUALIZACIÓN DEL ENFOQUE DEL DERECHO DE PUBLICIDAD EN RELACIÓN A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL.

Históricamente el derecho de publicidad ha servido casi únicamente para proteger celebridades; sin embargo así como los medios de comunicación social continúan en permitir a los que carecen de este status a tener una imagen pública, la protección otorgada por este derecho debe expandirse también. Un derecho de publicidad con un espectro de protección más amplio, podría servir como un importante primer paso en responder a los cambios ushered en y por los medios de comunicación social. En retrospectiva, en el caso *Haelan* la corte falló que en adición y de manera independiente al derecho de privacidad, las personas tienen un derecho de publicidad sobre el valor de su fotografía, el que se puede manifestar en el derecho de otorgar el privilegio

¹⁴⁴ Ibid p. 6

exclusivo de publicar su imagen y que aquel consentimiento para su uso sea válido a grosso modo, sin que sea necesario tener que probar elementos de índole comercial. Mientras que la corte razonó que personas famosas deberían tener su derecho porque ellos se sentirían afectados si no pudiesen recibir dinero por tales publicidades, lo mismo puede decirse por todos los individuos. Si un *retailer* se apropia indebidamente de la imagen de una persona para un uso publicitario - aparte de la acción por invasión a la privacidad - ese individuo tiene el derecho de recibir remuneración por su uso.¹⁴⁵

Actualmente no es claro cual es la extensión de la ley en relación a la protección requerida por las nuevas celebridades u otros individuos. Los medios de comunicación social han causado un efecto que altera la línea entre celebridad y consumidor y las cortes - especialmente en California - están empezando a reconocer estos derechos para no celebridades. Sin perjuicio de ello, una minoría de cortes aún se rehúsan conocer acciones de derecho de publicidad interpuestas por individuos privados a menos que ellos hayan logrado algún grado de celebridad.¹⁴⁶

Algunos doctrinarios no creen que el derecho de publicidad debiese extenderse a las no celebridades. Argumentos en oposición expresan que el derecho interfiere frecuentemente con la protección de la primera enmienda del discurso comercial y cualquier justificación que exista para proteger el valor económico de la identidad de una celebridad no se aplica a proteger el presunto o valor nominal de la identidad de una no celebridad. Así las cosas, ellos afirman que debido a que esos individuos no necesitan cumplir con el requisito de amasar un valor comercial en sus identidades y porque el daño a la privacidad estipula una categoría para la apropiación indebida del nombre o imagen, las no celebridades debiesen recurrir a acciones por infracción al Derecho de privacidad. Precisamente esta perspectiva refleja el contexto

¹⁴⁵ Ibid p. 6

¹⁴⁶ Ibid p. 6

histórico temporal en el cual la ley emergió, escenario que consideraba lógico el aplicar tratamiento desproporcionado a las celebridades toda vez que ellas por en su gran mayoría poseen una identidad con un valor comercial significativo. Sin embargo y como hemos visto, este no siempre es el caso y por ende el argumento no tiene mucho peso.¹⁴⁷

Aunque las cortes han comenzado a reconocer que la acción por derecho de publicidad no solamente se aplica a las celebridades, aun existen otras barreras de entrada para inhibir a aquellos individuos de buscar compensación y un sistema balanceado de protección podría ser extremadamente difícil de implementar. Un obstáculo mayor involucra el factor del valor comercial ya que los demandantes podrían tener dificultades en demostrar el valor comercial de sus identidades. Esto es especialmente relevante en las cortes de California y otros estados que siguen este enfoque.¹⁴⁸

Para aquellos que creen que su identidad tiene un valor económico intrínseco, se revela una falta de protección del derecho de publicidad cuando esa identidad es usada para propósitos comerciales de otro sin consentimiento. Como hemos visto para ganar su pretensión los demandantes tienen la carga de probar daño económico y deben producir evidencia para demostrarlo. Por ejemplo, California requiere que un individuo pruebe que su identidad fue usada en un contexto comercial dando como resultado un daño económico. Si el demandante cumple con el umbral de probar perjuicio económico, puede ser indemnizado por los daños calculados por el valor comercial de su identidad o lo que persona tenía que haber pagado para la autorización para usar su identidad. Toda vez que es fácil para una celebridad demandante establecer un valor económico ya éste es mayoritariamente sustentado en la fascinación cultural y la mercantilización de personas famosas, el ciudadano medio privado

¹⁴⁷ Ibid p. 6

¹⁴⁸ Ibid p. 6

raramente podrá establecer un valor económico a su identidad para sustentar su pretensión.¹⁴⁹

Sin perjuicio de ello la defunción de uso comercial deja un amplio espacio para la incertidumbre y algunas corte han protegido individuos en casos que discutiblemente no involucran factor comercial. Aun mas este derecho ha sido visto como funcionalmente para proteger celebridades al proteger su marca y esta lógica se podría extender a otros que crean una marca de ellos mismos a traves de la social media.¹⁵⁰

Este enfoque bifurcado a la ley podría crear otras barreras para los demandantes. Mientras que el alcance de california presenta sus propios desafíos, el enfoque tomado por la ley de nueva york frecuentemente habilita a los demandados a servirse de la identidad de una celebridad, entre otras tantas apropiaciones sin autorización que son estimadas legales bajo este cuerpo legal. Éste contiene una lista de aspectos protegibles de la identidad y sin ninguno tipo de precedente que complemente al estatuto la lista es exhaustiva y taxativa. Ciertas conductas que la ley de california podría considerar como protegidas – como usar frases asociadas al demandante o apropiarse de la personalidad o estilo de performance - no son protegidos en Nueva York. Esta limitación aparejada con amplia excepción de interés periodístico termina generando una restricción aun mayor a las no celebridades para poder ser susceptibles de ser indemnizados en virtud de la infracción de ese derecho.¹⁵¹

Es posible desprender del caso *Fraley v. Facebook inc.* una variedad de implicancias para el derecho de publicidad y su desarrollo. El demandando al argumentar que los demandantes eran figuras publicas para sus amigos registrados en la red social, intentó persuadir a la corte de que la apropiación de las identidades no viola el derecho de publicidad porque sus intereses se

¹⁴⁹ Ibid p. 6

¹⁵⁰ Ibid p. 6

¹⁵¹ Ibid p. 7

corresponden con los del interés periodístico en relación a sus amigos. Así, como los individuos no celebridades comienzan a tener una presencia mayor en los medios de comunicación social, mas información sobre ellos estará disponible y por ende será más fácil para las compañías como Facebook de acceder a ellas y usarlas. Mientras que Melville Nimmer esboza las razones detrás del surgimiento del de derecho de publicidad, él explica que el derecho de publicidad no es adecuado porque las personas que posean imágenes publicas bien conocidas no buscan la soledad y privacidad, elemento que el derecho de publicidad busca proteger a través de la prevención prevenir. El mismo argumento puede ser extendido a los usuarios de Facebook; aunque ellos no buscan privacidad o esconder cierta información de sus amigos, se entiende que ellos tampoco desean que su información sea usada para promocionar y aprobar publicidades de productos, servicios o marcas sin su consentimiento.¹⁵²

Para ampliar el espectro de protección derecho de publicidad y disminuir la carga impuesta a los demandantes en relación al factor del valor económico, las cortes deberían sopesar el uso que los publicistas le dan a la imagen u otro aspecto de la identidad de la persona que ha demostrando valor comercial. Cada día consumidores e individuos comunes se han convertido en objeto de atracción para compañías y publicistas ya que ellos están reconociendo el valor del consumidor y de su opinión en apoyar sus marcas atrayendo a otros consumidores. Muchas exitosas estrategias de marketing involucran la incorporación de la retroalimentación del consumidor en campañas publicitarias, o - como en el caso Fraley - seduciendo a los consumidores al resaltar las preferencias de sus pares y amigos.¹⁵³

Si bien, la identidad de la celebridad podría poseer un mayor valor comercial en comparación al valor de la persona media, esto no significa que

¹⁵² Ibid p. 7

¹⁵³ Ibid p. 7-8

ellas no tengan ningún valor comercial. Las cortes deberían adoptar la perspectiva de que el uso de la identidad en una publicidad es prueba de su valor comercial y por ende compensar los daños que parezcan idóneos en virtud al status y valía de la persona. Un juez podría considerar un numero de factores además al valor comercial del individuo, incluyendo el impacto y éxito de la publicidad, cuanto la compañía podría estar dispuesta a pagar a un modelo por la misma publicidad, etc. Así, las celebridades podría estar ser susceptibles de solicitar una cantidad mayor de compensación. Dejar a las no celebridades sólo con una acción de derecho de privacidad, no otorga un remedio legal adecuado ya que si la persona no es damnificada emocionalmente por el uso de su identidad, no podría repetir económicamente. Al requerir a aquellos individuos de únicamente servirse de pretensiones de privacidad crea una infortunada dicotomía la cual perpetúa el desactualizada creencia de que las celebridades sólo son individuos que tienen una identidad con valor comercial y que los que no son celebridades sólo deberían buscar protección cuando su privacidad en infringida. Un escenario donde alguna vez quizás existió la situación en donde era mucho más fácil explotar las identidades de las celebridades con propósitos publicitarios y que las personas que carecen de tal categoría fuesen tendientes a aparecer en las noticias, debe ser dejado en el pasado y las cortes debiesen – por ende – aplicar el derecho de publicidad de manera mas proporcional.¹⁵⁴

3.2. TRASFONDO LEGAL DEL DERECHO DE PUBLICIDAD

Antes de la llegada de las redes sociales, el Derecho de publicidad era una curiosa mezcla entre privacidad, propiedad intelectual y la primera enmienda el cual únicamente era litigado de manera poco frecuente apenas y teniendo registro en la retina del público. Esta mixtura de elementos llevó a las

¹⁵⁴ Ibid p. 7-8

cortes de antaño a ir tan tan lejos que explícitamente determinaron que sólo las celebridades podrían ser susceptibles de poseer este derecho. Esta realidad pre internet impuso límites severos en la posibilidad de cualquier persona de lograr ser lo suficientemente celebridad como para que sus identidades valieran de ser explotadas comercialmente. Sin embargo, el internet y las redes sociales han desafiado este paradigma¹⁵⁵.

En gran parte debido a que no hay una fuente unitaria de autoridad legal en este derecho, generalmente es considerado como una especie de propiedad intelectual y sin embargo es una creación de la ley estatal como opuesta a la federal). Como tal, el derecho es articulado en una manera ligeramente diferente por cada jurisdicción que lo reconoce, si es que lo hace.¹⁵⁶

De hecho, solo un poco más de la mitad de los estados han expresamente reconocido su existencia. Entre aquellos, algunos han creado un derecho legal, otros lo han descubierto en la regla del precedente judicial y otros han hecho ambas; reconociendo dos tipos de derechos de publicidad con diferentes características dentro el mismo estado.¹⁵⁷

Dicho eso, se desprende que hay suficiente consenso entre las varias construcciones de este derecho en el sentido que comparten algunas características básicas que le unifican y que también hay rangos de diferencia que pueden ser discernidos. De hecho, algunas cortes expresamente adhieren a la idea de construir un cuerpo legal de casos de derecho publicidad que sean consistentes a lo largo de la nación. Por ende, alguna esperanza queda de que

¹⁵⁵ WASSOM, BRIAN. 2013. "Uncertainty Squared: The Right of Publicity in Social Media". [en línea]. Syracuse Law Review Vol. 63. 228-251. <<http://www.lawreview.syr.edu/wp-content/uploads/2013/04/k-wassom.pdf>> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 229

¹⁵⁶ Ibid p. 230

¹⁵⁷ Ibid p. 230

las diferencias entre las varias jurisdicciones serán algún día estrechas y quizás incluso converge en un singular derecho federal.¹⁵⁸

Quizás el antecedente más nuclear del derecho de publicidad proviene del artículo 46 de competencia desleal, el cual reza que el que se apropie del valor comercial de la identidad de una persona al usar sin su nombre o imagen u otro indicio de su identidad para propósitos de comercio y sin su consentimiento, será sujeto a responsabilidad civil. Dos elementos centrales del derecho asoman; el indicio de identidad y valor comercial además de la apropiación ilegal de ese derecho junto al uso con propósito comercial y falta de consentimiento.¹⁵⁹

Indicios de identidad: El significado común de esta frase evoca a todo lo que tenga la capacidad de indicar la identidad de una tercera persona titular del derecho. El mencionado artículo expresamente enlista dos ejemplos en los cuales la identidad de una persona puede ser indicada: su nombre (que típicamente incluye a ambos el nombre y la firma de la persona y su imagen o apariencia personal.¹⁶⁰

Muchas de las cortes y legislaciones que han articulado el derecho, reconocen que cualquier intento a exhaustivamente listar las formas por las cuales la infracción al derecho de publicidad se podría materializar, no es la solución perfecta. En este sentido, varias cortes han encontrado que la identidad del demandante puede ser indicada por otros medios, como voces parecidas, una frase pegadiza públicamente asociada con él, una foto del auto de carreras que maneja, robots o similares vestidos como personajes que interpretó o en el estilo distintivo de vestir al cual se le pueda ver asociado.¹⁶¹

¹⁵⁸ Ibid p. 230

¹⁵⁹ Ibid p. 230-231

¹⁶⁰ Ibid p. 231

¹⁶¹ Ibid p. 231

Valor comercial: En casi todas las jurisdicciones no es suficiente que el demandante que pretenda su derecho de publicidad simplemente muestre que su imagen ha sido reproducida en alguna manera. Además, deben mostrar que su identidad vale algo, en otras palabras que tiene valor comercial.

La forma más directa forma de medir valor comercial es preguntar si asociar esta identidad con un producto o servicio hace al consumidor más probable de adquirir ese producto o servicio.¹⁶²

Por esta razón históricamente muchas cortes han descrito este derecho como uno que le pertenece a las celebridades. Después de todo una celebridad es una persona que tiene un prominente perfil y domina un alto grado de fascinación pública e influencia a los medios día a día. Este término es sinónimo de gran atracción popular, prominencia en un campo particular, y ser fácilmente reconocible por el público en general. Es esta atracción popular y reconocimiento que cualquier publicista busca capitalizar al asociar a una celebridad con el producto o servicio publicitado.¹⁶³

En múltiples formas los medios de comunicación contemporánea han difuminado las barreras entre celebridades y el resto de nosotros al menos en términos de la habilidad de asociar lo que es la atracción popular y reconocimiento de la identidad de uno.¹⁶⁴

Uso con propósito de comercio: Similar al requisito de que la identidad del demandado tenga valor comercial es la necesidad de probar de que el demandado ha capitalizado sobre ese valor en de una manera comercial. Esta simetría asegura que el castigo se ajusta al crimen en una forma de decirlo, y

¹⁶² Ibid p. 232

¹⁶³ Ibid p. 232

¹⁶⁴ Ibid p. 232

mantiene al enfoque de las cortes en proteger el interés por el cual este derecho fue diseñado.¹⁶⁵

También hay amplio consenso en que esas limitaciones comerciales son al menos mandadas a grandes rasgos por la primera enmienda de la constitución de los Estados Unidos. Una protección demasiado amplia del derecho de publicidad podría arrollar algunas de las formas de expresión que desde ya han sido reconocidas como constitucionalmente privilegiadas. Un ejemplo reciente de tal sobre alcance es la demanda de Lindsay Lohan contra e-trade simplemente porque un personaje en un comercial de e-trade se llamaba Lindsay.¹⁶⁶

Consentimiento: Podría parecer que determinar si un demandante ha consentido al uso comercial de su imagen debiese ser simple. Eso no es una garantía. Por ejemplo, un juez federal en Michigan declinó de sostener que un demandante músico ha consentido a grabar y distribuir su imagen en un DVD. Incluso si la performance en cuestión fue realizada en un escenario en frente de cámaras de televisión con el propósito de ser transmitida en ese caso no hay precedente autoritativo en el sexto circuito que defina consentimiento en el contexto específico del derecho de publicidad. En un ejemplo más reciente que involucre social media una corte rechazó el argumento de Facebook de que sus usuarios dieron el consentimiento tácito de usar sus nombres en publicidades de historias patrocinadas.¹⁶⁷

Sin perjuicio de las áreas de consenso general expuesta en lo que el derecho de publicidad protege, sectores de diferencias substanciales hay. La ley aún varía significativamente dependiendo de la jurisdicción estatal varios

¹⁶⁵ Ibid p. 232

¹⁶⁶ Ibid p. 233

¹⁶⁷ Ibid p. 234

componentes fundamentales del derecho permanece desafortunadamente subdesarrollada en varias jurisdicciones.¹⁶⁸

3.2.1. APLICANDO EL DERECHO DE PUBLICIDAD A LA SOCIAL MEDIA

Especulando como el derecho de publicidad será aplicado y ejecutado en el contexto de social media requiere su grado de especulación. No sólo los límites del derecho están indeterminados, sino que el panorama de los cambios en los medios de comunicación sociales van a una velocidad más alta que la de las cortes y legislaciones, dejando mucho que desear en términos de actualizarse con estos cambios. No obstante las siguientes preocupaciones parecieran presentarse de una u otra manera¹⁶⁹.

La jurisprudencia del derecho de publicidad en muchas de las jurisdicciones relevantes ha evolucionado hacia reconocer que una clase más amplia de individuos que esos típicamente entendidos como celebridades de buena fe puedan ser capaces de desarrollar un valor comercial en sus imágenes públicas.¹⁷⁰

Los medios de comunicación social podrían ser la forma más directa imaginable para apoyar el argumento de que cualquier y cualquiera identidad tiene algún nivel de valor comercial. Por definición, el valor que deriva de los usuarios de social media recae en las interacciones personales que llevan a cabo con otros individuos. No se trata de simplemente agregar un número de relaciones formadas entre aquellos usuarios y su disfrute, sino que también es la identidad de los individuos con los cuales esas relaciones fueron formadas. Las relaciones del social mediano son generalmente hechas con completos extraños sino que con amigos y seguidores.¹⁷¹

¹⁶⁸ Ibid p. 234

¹⁶⁹ Ibid p. 234

¹⁷⁰ Ibid p. 235

¹⁷¹ Ibid p. 235

Para estar seguro, esta genérica afirmación está sujeta a excepciones y se aplica con distintos grados de precisión en diferentes sitios. En un principio del espectro se encuentra el interés por los amigos y familiares de uno; el límite de los más cercanos y pre existentes relaciones en la vida del usuario es de 150 usuarios promedio. Además, la mayoría de las relaciones de Facebook son entre personas que ya se conocían en la vida real.¹⁷²

En este sentido, este foro da paso para ser tanto un lugar para una intensa interacción social o una plataforma de publicación de una sola vía en la cual el número de los seguidores de uno es más significativo que su identidad. Algunas veces el valor de la interacción no surge hasta después que la relación es iniciada en línea.¹⁷³

A grandes rasgos la identidad de la persona con quien uno interactúa en social media ambas alienta a la gente a participar en la social media y agrega cualitativamente un valor significativo a la experiencia. Entre más ocurran estas situaciones en un particular sitio de social media más ganancia el dueño del sitio deriva (en términos de ingresos por publicidad, motores de búsqueda productos licenciados, o cualquiera que el modelo de negocios sea. En un muy directo y medible forma, por ende, social media es un contexto en el cual literalmente cada identidad de los usuarios tiene un valor comercial potencial.¹⁷⁴

El juez Richard Seeborg de la corte de distrito del distrito norte de california reconoció este hecho en *Cohen v. Facebook, Inc.* El sitio web promocionó la disponibilidad del servicio de búsqueda de amigos al periódicamente poner notificaciones en las páginas de inicio de la cuenta de los usuarios afirmando que algunos de sus amigos de Facebook han utilizado el servicio para localizar personas que conocen y alentando a los usuarios a

¹⁷² Ibid p. 235

¹⁷³ Ibid p. 235 -236

¹⁷⁴ Ibid p. 236

probarlo. Esta notificación incluye el nombre e imagen de perfil del amigo que ha supuestamente usado el servicio.¹⁷⁵

El juez Seeborg falló que está más allá de cualquier discusión que la habilidad Facebook para percibir ingresos provenientes de la publicidad y su evaluación como compañía son dependientes del tamaño y participación de su base de usuarios. Por ende, en un sentido ordinario, la alegada apropiación indebida de los nombres e imágenes de los demandantes para promover el servicio de búsqueda de amigos fue llevada a cabo para la ventaja de Facebook.¹⁷⁶

En Cohen II el juez Seeborg empañó su fallo. Al discutir sobre el fracaso de los demandantes para cuantificar los daños alegados, el contrasta estos demandantes con ambas celebridades y no celebridades, en casos anteriores en los cuales ha sido posible demostrar que sus imágenes tenían valor comercial. Además hizo una observación sobre la manera y contexto en la cual uso las imágenes¹⁷⁷.

Esta no es una situación donde al demandado se le imputa de publicar los nombres e imágenes de los demandantes a cualquier audiencia o en algún contexto donde no hubiesen ya aparecido antes. En vez de eso, los nombres e imágenes fueron meramente exhibidos en las páginas de otros usuarios, los cuales ya eran amigos de Facebook de los demandantes y quienes pueden ver regularmente o al menos tener acceso a aquel nombre y aquella imagen en el curso ordinario del uso de sus cuentas de Facebook. Todos juntos estos comentarios, indican el rechazo al argumento de que las imágenes de los usuarios del social media tienen valor comercial.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Ibid p. 237

¹⁷⁶ Ibid p. 237

¹⁷⁷ Ibid p. 237

¹⁷⁸ Ibid p. 237

Al leer estos comentarios bajo contexto, se podrían entender como una crítica a las pruebas ofrecidas por los demandantes en este caso en específico. Para estar seguros, ellos reconocen que los límites normales del derecho de publicidad aun aplican en línea y los demandantes deben demostrar que sus imágenes tienen valor comercial en orden para prevalecer. El juez Seeborg dejó la puerta abierta para usar los ingresos del operador del sitio de medios de comunicación social como evidencia de que las imágenes de los usuarios tienen valor, estos demandados simplemente no pudieron capitalizar con esa oportunidad.¹⁷⁹

Quizás más que cualquier otro caso, el caso Fraley llama la atención en la aplicación del derecho de publicidad en los medios de comunicación sociales.

La juez Koh opina que la apropiación de la identidad de una persona relativamente desconocida podría resultar en perjuicio económico o podría ser susceptible de crear valor económico en lo que previamente carecía de valor. Por ende, de acuerdo a la perspectiva del juez Koh no sólo los demandantes no necesitan probar un preexistente valor comercial, si no que potencialmente podrían esgrimir la apropiación indebida misma como evidencia de que su nombre e imagen tiene valor comercial¹⁸⁰

El fundador de Facebook Marck Zuckerberg y su COO, Sheryl Sandberg explican afirman que sus promociones o aprobaciones comerciales individuales portan tanto valor comercial en el contexto de Facebook como la que las celebridades tendrían en la publicidad tradicional y que esta habilidad para impulsar ventas constituye precisamente el tipo de oportunidades comercialmente explotables que el derecho de publicidad protege.¹⁸¹

¹⁷⁹ Ibid p. 238

¹⁸⁰ Ibid p. 239

¹⁸¹ Ibid p. 240

Los sitios de medios de comunicación social no necesitan ir tan lejos como para incorporar las identidades de los usuarios en publicidades actuales en orden para exponerse a responsabilidad por apropiaciones de derecho de publicidad. Muchos litigantes asumen que la acción que provee la legislación federal Lanham – ley que regula las marcas registradas en los Estados Unidos - por falsamente aprobar o promocionar un producto comercialmente es lo mismo que una acción por derecho de publicidad.¹⁸²

Hay distinciones importantes. El derecho de publicidad no apunta o se limita a promociones o aprobaciones falsas, para eso es la Ley Lanham. Aun mas, una acción por publicidad no requiere ninguna evidencia de que un consumidor probablemente caiga en confusión. Esta es la distinción crítica porque la probabilidad de confusión es central en cualquier acción por la Ley Lanham.¹⁸³

La corte de apelaciones del décimo circuito otorga un ejemplo: aunque los derechos de publicidad están relacionados a leyes que previenen la falsa promoción o aprobación comercial, ellas ofrecen una protección substancialmente más amplia. Por ejemplo, que una compañía *Mitchell Fruit*, quisiera usar a la cantante de pop Madonna en una campaña publicitaria para vender bananas. No obstante, Madonna nunca ha probado su fruta y no desea promocionar sus productos. Si *Mitchell Fruit* publicara un cartel publicitario protagonizando una imagen de Madonna y la frase “Madonna podrá tener 10 álbumes platino, pero ella nunca ha probado una banana *Mitchell Fruit*”. En este caso, Madonna no tiene acción por falso aprobación o promoción comercial, si no que tendría una acción por derecho de publicidad porque *Mitchell Fruit* se apropió de manera indebida de su nombre e imagen con propósitos comerciales. Los derechos publicitarios entonces son una forma de protección

¹⁸² Ibid p. 241

¹⁸³ Ibid p. 241

de propiedad que permite a las personas a obtener beneficios del completo valor comercial de sus identidades.¹⁸⁴

La tienda de ropa de lujo *Burberry* también se encontró en una disputa muy similar a la del ejemplo anterior. En el 2012 *Burberry* se aprovechó de la exhibición cronológica del recién estrenado servicio de línea de tiempo, para presentar el uso de sus productos por históricas celebridades en el tiempo. La línea de tiempo comienza con el lanzamiento de la primera tienda *Burberry* en 1856. En el encabezado de 1942 *Burberry* puso una foto del actor Humphrey Bogart con la leyenda “Humphrey Bogart vistiendo un abrigo *Burberry* en la escena final de *Casablanca*”. *Burberry* tenía licencia del copyright de la imagen, pero una entidad que reclamaba la titularidad de los derechos de publicidad póstumos de Bogart amenazó demandar por la apropiación indebida de su imagen. Independiente del resultado que concluyo en lo extrajudicial, estos ejemplos demuestran que no es suficiente solo advertir a los proveedores de social media para que naveguen fuera del patrón de las historias patrocinadas. Es una tarea de caso a caso examinar cada patrón propio que se de en la realidad.¹⁸⁵

La cantidad de dinero en tela de juicio en el caso Fraley es muy interesante porque el método de calcular los daños en cualquier derecho de publicidad caso es muy impreciso. Muchas demandas de derecho de publicidad terminan en un acuerdo entre las partes por una relativamente modesta regalía. Pero algunas veces violaciones más graves traen gran responsabilidad. Por ejemplo, el jugador de hockey Tony Twist aseguró un veredicto de \$15 millones de USD en contra el publicador de la tira cómica *Spawn* quien uso su nombre como inspiración de uno de sus villanos. Un modelo masculino relativamente desconocido de California ganó una suma mucho más grande de Nestlé después de enterarse de que su cara apareció por 16 años sin su permiso en

¹⁸⁴ Ibid p. 241

¹⁸⁵ Ibid p. 242

determinados productos. Sin embargo, este fallo fue revocado por la corte de apelación californiana, la cual decidió que el derecho estatal de publicidad está limitado a la regla de una publicación singular, lo que es una importación del derecho consuetudinario de privacidad, del cual el derecho de publicidad originó.¹⁸⁶

Estipulado en el art. 49 de la Ley de competencia desleal, la forma general en el derecho civil de medir los daños por la apropiación del derecho de publicidad es “la pérdida pecuniaria del otro causada por la apropiación o para el provecho pecuniario del actor resultado de la apropiación, cualquiera que sea mayor”.¹⁸⁷

Algunos de esos estados también ofrecen daños legales como un remedio alternativo, aunque este acercamiento varía entre estados. Ohio ofrece un mínimo legal de daños a indemnizar de \$2500 USD, mientras que el máximo es \$10.000 USD. La mayoría de los rangos establecidos para daños legales son más bajos aunque hay una variedad de alcances para calcular el monto.

| | |
|------|--|
| CA88 | Minimum of \$750 for mental distress |
| CT89 | Punitive damages for reckless or intentional violations, up to the amount of plaintiff's litigation expenses |
| FL90 | Maximum penalty of \$1,000 in addition to damages |
| IL91 | Maximum of \$1,000 as alternative to damages |
| IN92 | Maximum of \$1,000 as alternative to damages; treble damages, punitive damages, and attorneys' fees also available |
| MA93 | Treble damages for knowing |

¹⁸⁶ Ibid p. 243

¹⁸⁷ Ibid p. 243

| | |
|------|--|
| | violations |
| NV94 | Minimum damages of \$750 |
| TN95 | Treble damages for members of the armed forces |

Estos remedios son en suma a una variedad de otras formas de potencial alivio incluyendo daños compensatorios, punitivos, y otras medidas indemnizatorias.¹⁸⁸

3.2.2. POTENCIALES DEFENSAS FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LA PRIMERA ENMIENDA

La libertad de expresión protegida por la primera enmienda requiere trazar una línea entre el uso de la imagen de una persona puramente con el propósito de la explotación comercial - lo cual es accionable - y usarla en el contexto de comunicar un mensaje a gran escala (político, comentario o entretenimiento), el cual generalmente se considera protegido. No hay consenso en donde la línea debe se trazar ni el método por el cual se traza.¹⁸⁹

Sin más guía, las cortes de varias jurisdicciones han inventado sus propios análisis para trazar esa línea. En California, donde el derecho es extensamente litigado, las cortes siguen el análisis del “uso transformativo” importado de la jurisprudencia de la excepción del uso razonable o legítimo (*Fair use*) de la ley Federal de Copyright. Bajo este enfoque, las partes son libres de usar las imágenes de las celebridades como un punto de partida para expresarse siempre y cuando hagan algo más que altere la imagen en alguna manera creativa. Por ejemplo simplemente reproducir la imagen de tres chiflados en remeras no es transformativo y por ende es una infracción, mientras que usar la imagen de un cantante popular como material en bruto

¹⁸⁸ Ibid p. 243-244

¹⁸⁹ Ibid p. 246

para un avatar de un video juego que contenga algún parecido al cantante, pero con algunas diferencias son discurso protegido.¹⁹⁰

Esta distinción analítica puede ser aplicada en formas radicalmente distintas. Un punto importante involucra el uso de jugadores reales universitarios de fútbol americano en juegos de video. Dos casos que involucran tales juegos han caído en el lado opuesto de la línea transformativa. Por un lado el uso por parte del creador del video juego de la imagen de los jugadores de futbol fue encontrado por la corte de california como uno de apropiación indiscriminada y por ende no transformativa. En el otro, un juez federal en nueva jersey se enfocó en la habilidad del juego que otorga a los jugadores de alterar las características físicas de los jugadores universitarios. La corte falló que esto era suficientemente transformativo y por ende protegido por la primera enmienda.¹⁹¹

Otras cortes no usan el análisis transformativo pero en ves aplican su propio análisis de la primera enmienda. El octavo circuito y el estado de Missouri han desarrollado sus propios alcances a la hora de balancear los derechos de la primera enmienda con el derecho de publicidad. Las cortes del sexto circuito emplean un cambalache de todos los alcances y han fallado consistentemente a favor de una amplia protección de la primera enmienda.¹⁹²

Cómo los derechos de la primera enmienda se balacean en contra el derecho de publicidad en un contexto de social media está por verse. La opinión del juez Koh en el caso Fraley está entre las primeras en atentar contra ese balance. Allí, Facebook argumentó que la información que se compartía en las historias patrocinadas que tenían relación con lo que los usuarios daban al botón gustar y actividades que eran de interés periodístico porque los

¹⁹⁰ Ibid p. 246-247

¹⁹¹ Ibid p. 247

¹⁹² Ibid p. 247

demandantes eran figuras públicas para con sus amigos y las expresiones de la opinión de un consumidor en general son de interés periodístico.¹⁹³

California ha codificado la protección de la primera enmienda en la ley de derecho de publicidad. Como en varias jurisdicciones que han explícitamente articulado aquellas protecciones, la excepción de la primera enmienda en la ley de california incluye el uso del nombre, voz, firma, fotografía o imagen en conexión con cualquier noticia, materias de interés público, transmisión de deporte o resúmenes compactos y cualquier campaña política. Esta defensa de la primera enmienda se extiende a casi todos los reportes de eventos recientes también como las publicaciones sobre gente que por sus logros estilo de vida, vocación o profesión crean una legítima atención y extendiéndose a sus actividades tal y como como las figuras públicas.¹⁹⁴

El argumento de Facebook toma el intento de los demandantes para probar valor comercial en sus imágenes e intentaron ponerlo en contra de ellos. Tal y como los demandantes dicen, ellos son celebridades en los ojos de sus amigos, por ende, en virtud de su calidad de celebridad, son individuos de interés periodístico y el reporte de sus acciones vía historias patrocinadas es reporte de noticias protegido por la primera enmienda.¹⁹⁵

Incluso acciones de interés periodístico podrían estar sujetos a responsabilidad por apropiación indebida cuando son publicadas con propósitos comerciales más que periodísticos. Esta aserción será puesta a prueba en el futuro, pero el caso Fraley demuestra que por más poderosas que sean las miramientos de la primera enmienda, ellas no proveen un escudo impenetrable contra responsabilidad por apropiación indebida de derechos de publicidad.¹⁹⁶

¹⁹³ Ibid p. 247

¹⁹⁴ Ibid p. 247-248

¹⁹⁵ Ibid p. 248

¹⁹⁶ Ibid p. 248

4. PERJUICIO ECONÓMICO Y NO ECONÓMICO EN LAS REDES SOCIALES EN LÍNEA

Esta parte explora el aspecto dual del daño que busca proteger el Derecho de publicidad, especialmente en el contexto de las redes sociales en línea.

4.1. MARKETING EN REDES SOCIALES EN LÍNEA

Bajo una concepción celebridad-céntrica, el Derecho de publicidad da a la persona la prerrogativa de controlar que productos y servicios va promocionar y a cuáles le vinculará su identidad. Adherentes a este concepto basado en la promoción comercial del Derecho de publicidad, rechazan las demandas de apropiación indebida interpuestas por personas privadas que no son celebridades debido a que esas personas carecen de la habilidad de establecer un daño monetario significativo provenientes de promociones comerciales llevadas a cabo sin consentimiento. Sin embargo, una interpretación como esa pasa de largo el valor de la publicidad de boca a boca, especialmente en el marketing social en línea¹⁹⁷.

La publicidad de boca a boca describe las interacciones entre pares en las cuales un individuo transmite su opinión sobre un producto a otros. Tradicionalmente, este tipo de publicidad ocurre sin requerimiento de un publicista; un usuario o comprador de un servicio o producto comparte voluntariamente, sus opiniones sobre el producto o servicio de otros consumidores, probablemente los amigos cercanos y familia del individuo¹⁹⁸.

Desde hace tiempo que publicistas y dueños de marcas han buscado promociones comerciales del tipo boca a boca, debido al alto nivel de influencia

¹⁹⁷ KOEHLER, JESSE. 2013. “‘Fraleley v. Facebook’: The Right of Publicity in Online Social Networks”. [en línea]. Berkeley Technology Law Journal 28: 963–1001. <http://www.jstor.org.uchile.idm.oclc.org/stable/24122042?seq=1#page_scan_tab_contents> [consulta: 25 mayo de 2017]. P. 979

¹⁹⁸ Ibid p. 979

que los consumidores tienen sobre las opiniones y decisiones de compra de sus amigos y familia. Investigadores de publicidad han documentado la generalizada aceptación en la comunidad de marketing de la importancia de la publicidad del boca a boca.¹⁹⁹

Debido al ahora reconocido valor de la publicidad del boca a boca, la promoción comercial privada de un individuo tiene valor, y como tal, ese individuo debería tener el control de sus promociones comerciales dentro de su esfera social²⁰⁰.

Los adeptos a la concepción celebridad-céntrica del Derecho de publicidad rechazan la idea de la promoción comercial por parte de la persona privada puesto que éstos no tienen posibilidad de mostrar un valor monetario preexistente. Sin embargo, al pasar de largo el valor de la publicidad que hace un individuo cuando transmite su opinión sobre un producto a otros, sin el requerimiento de un publicista. El alto nivel de influencia que los consumidores tienen sobre las opiniones y decisiones de compra de sus amigos y familia rodea de un nuevo valor a las promociones comerciales del tipo boca a boca, da paso para que las personas privadas puedan mostrar un daño monetario basado en su valor comercial preexistente.

Sin embargo, durante largo tiempo los publicistas con dificultad han luchado para aprovechar completamente el uso de la promoción comercial singular de un individuo dentro de su esfera social, dadas las dificultades en tratar de entregar un mensaje personalizado y de identificar a las personas que están dentro de la esfera de influencia del individuo. Adicionalmente, los publicistas enfrentaron el peligro de que las familias y amigos de los

¹⁹⁹ Ibid p. 979

²⁰⁰ Ibid p. 980

consumidores pudiesen ver que la publicidad como menos que algo genuino toda vez que no vino directamente de la boca del individuo.²⁰¹

El valor comercial de la publicidad del boca a boca se compone por un mensaje personalizado a una audiencia que esté dentro del alcance del emisor, publicidad que contiene una opinión altamente influyente orientada al consumo de un producto o servicio.

El amanecer de las redes sociales en línea y del internet redujo significativamente los impedimentos que los publicistas previamente enfrentaban en personalizar publicidades. En particular, el acceso público a las opiniones de otros consumidores incrementó en número y visibilidad con el ascenso del internet y la creación de un nuevo foro para la recolección, publicación y diseminación de opiniones y críticas de los consumidores²⁰².

El profesor Eric Goldman ofrece una asesoría en la amplificación de la publicidad de boca a boca en internet, que se ha probado especialmente conmovedora en el contexto de las redes sociales en línea debido a las concesiones que los usuarios establecen entre sus amigos y familiares. Específicamente, Goldman argumenta que el internet amplifica la publicidad de boca a boca al:

(1) reducir el costo que implica a los consumidores compartir su opinión;

(2) diseminando la opinión del consumidor más allá de la propia red social de ese consumidor a través de la facilidad de reenviar mensajes en línea;

y

²⁰¹ Ibid p. 980

²⁰² Ibid p. 981

(3) dando paso al surgimiento de intermediarios online que sistemáticamente capturan y republican la opinión de los consumidores.²⁰³

En el contexto de las redes sociales en línea, los publicistas y las compañías se refieren a esta publicidad de mensajes a través de la boca de otros como “marketing social”. Este utiliza todos los beneficios del boca a boca en línea que Eric Goldman resume y combina en una única ubicación. Los Consumidores proveen ambas audiencias y el mensaje al conectar con su familia y amigos, mientras también exponen libremente sus intereses. En el caso de Facebook, cliqueando al “me gusta” en la página de un producto o servicio, o marca que apoyan se desenvuelve el fenómeno descrito²⁰⁴.

Las redes sociales en línea junto al internet proveen un acceso público a las opiniones de los consumidores aumentando la escala de la publicidad de boca a boca, efecto denominado marketing social. Este concepto se caracteriza por que aprovecha las redes sociales en línea e internet a modo de foro, otorgando la posibilidad a las personas de exponer libremente una variedad de intereses así convirtiendo a los consumidores de las redes sociales en línea en emisores y receptores de opiniones comerciales publicitarias.

En virtud de la estructura de publicidad implementada por el proveedor de la red social en línea, los publicistas tienen el mensaje y el contenido a sus pies y solamente necesitan pagarle al portero para poder mandar sus mensajes de marketing social.²⁰⁵

Por ejemplo, un publicista que utiliza las historias patrocinadas, podría simplemente pagarle a Facebook para que emita una publicidad protagonizando cualquier usuario que haya clicado en el “me gusta” de la página perteneciente al publicista. Esta publicidad podría aparecer en las páginas de inicio de los

²⁰³ Ibid p. 981

²⁰⁴ Ibid p. 981

²⁰⁵ Ibid p. 981

amigos de aquellos usuarios, indicando que los usuarios gustan de la marca o producto de tal publicista. Una publicidad como tal apunta a convencer a los amigos de gustar de la página del publicista o a ir un paso más allá y comprar la marca o producto²⁰⁶.

Como resultado de la facilidad del marketing social en línea, los publicistas ahora pueden capitalizar con las publicidades de boca a boca en una escala mucho más grande que nunca se ha visto antes. Con alrededor de un billón de usuarios activos mensualmente, Facebook ofrece una audiencia enorme para los agentes de marketing social a través de su publicidad dirigida.²⁰⁷

La estructura capitalista de publicidad para enviar mensajes de marketing social permite aplicar el esquema de la publicidad dirigida únicamente con la aprobación del proveedor de la red social. Producto de la aparente facilidad para generar publicidad dirigida para y con los usuarios, se extraña saber si los límites que ellos estiman prudentes con el tratamiento de su información privada coincide con el del proveedor y del publicista.

Tal y como el profesor William Mcgeveran conceptualiza en su análisis del marketing social, un amplificado uso como el expuesto, daña la privacidad de la persona y su Derecho de publicidad tanto cuantitativamente como cualitativamente²⁰⁸.

En un nivel cualitativo, el abuso del marketing social por medio de la apropiación del nombre e imagen de una persona sin su consentimiento daña el Derecho de publicidad de la persona al menguar la credibilidad o fiabilidad de

²⁰⁶ Ibid p. 981

²⁰⁷ Ibid p. 981

²⁰⁸ Ibid p. 982

las promociones comerciales de esa persona, por ende, mitigando la fuerza de los futuros apoyos comerciales de esa persona²⁰⁹.

En relación a lo cuantitativo, la apropiación reiterada del Derecho de publicidad de una persona en el contexto del marketing social, devalúa el Derecho de la persona porque el sólo volumen de los mensajes de marketing que inunda el mercado causa que cada recomendación o promoción comercial sea menos importante. En tanto los mensajes se apilan, la competencia aumenta dentro del marketing social.²¹⁰

En una nota relacionada, los publicistas y las compañías que utilizan el marketing social frecuentemente omiten los potenciales daños a la privacidad de sus promociones comerciales al incorrectamente asumir que los individuos tienen una expectativa menor de privacidad en línea²¹¹.

Por ende, cuando un publicista utiliza el interés expresado por un usuario en su marca, podría causar daños adicionales en la reputación y herir los sentimientos, al revelarle a los amigos del usuario un interés posiblemente controversial o vergonzoso, en el cual, el usuario no tuvo conocimiento de que él de manera abierta adjuntó su propio perfil en la red social en línea.²¹²

Podemos ver que el uso a gran escala del marketing social a través de las redes sociales en línea, toma en cuenta de manera mínima la expectativa de privacidad de la persona y solo miran desde la óptica comercial su Derecho de publicidad al usar la información privada de la persona.

Por último, optar por salir de una red social para evitar invasiones a la privacidad, no es una alternativa realística. Lo que sucede, es que al salir de una red social el individuo ha de abdicar el control sobre su propia reputación,

²⁰⁹ Ibid p. 982

²¹⁰ Ibid p. 982

²¹¹ Ibid p. 983

²¹² Ibid p. 983

dejando a sus amigos, familia y conocidos la tarea de moldear la reputación del individuo al etiquetarlo en fotos o discutiendo sobre él²¹³.

4.2. COHEN V. FACEBOOK: ABRIENDO LA PUERTA A UN DAÑO NO ECONÓMICO PARA NO CELEBRIDADES EN CASOS DE DERECHO DE PUBLICIDAD.

Una vez establecido el valor único que el marketing social ofrece a los publicistas y el potencial daño económico y no económico que puede causar a otros, los usuarios de las redes sociales a primera vista aparecen estar en una posición clara para probar daños y perjuicios en casos de Derecho de publicidad donde una compañía se ha apropiado indebidamente de sus nombres o imágenes para ponerlos en mensajes de marketing social sin su consentimiento. Sin embargo, previo al caso Fraley, las cortes de California, no compensaban daños a tales demandantes personas privadas, en casos de Derecho de publicidad.²¹⁴

Por ejemplo, a Facebook ya le había tocado enfrentar un caso similar de Derecho de publicidad en una demanda colectiva llamada Cohen I (subsecuentemente Cohen II). Aquí, la corte dio a lugar a las dos solicitudes de desestimar interpuestas por Facebook, en ambas instancias. Aunque la corte de Cohen I desestimó el caso, la corte demostró una aparente disposición a sustanciar una acción de Derecho de publicidad en daños no económicos únicamente, una postura ausente en Fraley.²¹⁵

El caso Fraley marca un hito en la posibilidad para los privados demanden por daños en publicidades dirigidas de mensajes de marketing social a través del derecho de publicidad. Esto es debido al valor comercial que tiene ahora la publicidad del boca a boca en redes sociales. Más adelante veremos que la corte de Fraley también analiza el fallo de cohen realizando un análisis

²¹³ Ibid p. 983

²¹⁴ Ibid p. 983

²¹⁵ Ibid. p. 984

comparativo respecto a cómo acreditar el daño en los hechos, es decir la infracción a un interés legalmente protegido. La corte de Cohen creyó que una vía plausible para sustanciar una acción de daños no económicos al Derecho de publicidad a una persona privada.

En el 2011, Facebook se encontró con las alegaciones de Cohen I, que trataban de que su servicio de búsqueda de amigos violaba el Derecho de publicidad de los usuarios. Este servicio permitía a Facebook utilizar la cuenta de correo electrónico del usuario miembro y los contactos de aquel correo para localizar otros potenciales suscriptores de que el miembro de Facebook ya conocía pero no estaban registrados dentro de los amigos del suscriptor²¹⁶.

La red social de marras promocionó este servicio al poner notificaciones en las páginas de inicio de los amigos del suscriptor informándoles que el suscriptor ha intentado el servicio. Aquellos mensajes mostraban la foto y el nombre del suscriptor a modo de promoción, motivando a los amigos del suscriptor a también usar el servicio²¹⁷.

La corte de Cohen I desechó la demanda del 3344 con posibilidad de enmendarla. La corte sostuvo que los demandantes fallaron en alegar que han sufrido daño alguno por la infracción de su derecho de publicidad. Interesantemente, la corte reconoce la protección del 3344(a) para personas no celebridades demandantes a través del mínimo legal de daños y perjuicios estipulados y estimó que la compensación por angustia mental podría ser susceptible de compensación aparte del daño económico. Sin embargo la corte sostuvo que los demandantes aun debían alegar un perjuicio incluso aunque sea angustia mental, debido al requisito legal estipulado de acreditar un daño para poder obtener compensación.²¹⁸

²¹⁶ Ibid p. 984

²¹⁷ Ibid p. 985

²¹⁸ Ibid p. 985

El servicio de búsqueda de amigos envía mensajes que muestran la foto y el nombre del suscriptor junto con una frase que da aprobación al servicio. No obstante, no se configura la infracción al Derecho de publicidad debido a que el uso - si bien era publicitario - no tiene un fin directamente comercial, sino que exclusivamente motiva a usar el servicio. Los demandantes fallaron en mostrar cómo fueron damnificados sin perjuicio de que el fallo reconoce la posibilidad de proteger a personas privadas de un daño económico y no económico a su Derecho de publicidad. Así las cosas, Facebook no usó los nombres e imágenes fuera del contexto en el cual ya realmente pertenecían, es decir, la esfera pública.

Al revisar la demanda enmendada en Cohen II, la corte nuevamente desestimó la acción del demandante y falló que los suscriptores de Facebook fallaron en demostrar un daño producto de la infracción de su Derecho de publicidad. La corte puso énfasis al hecho de que Facebook no usó los nombres e imágenes fuera del contexto en el cual ya realmente aparecían, afirmando que los amigos de los suscriptores tenían acceso a los nombres e imagen de su amigo en el curso del uso normal de Facebook²¹⁹.

La corte reitera su fallo previo, toda vez que el hecho de que la legislación de California haya estipulado \$750 de compensación por daños para un individuo que no le es posible cuantificar el monto de daños sufridos, no elimina el requerimiento de un agravio cognoscible. Por ende, aunque la legislación de California claramente estipula indemnizar por daño no económico a través del monto mínimo de daño, esto no elimina la carga del demandante de mostrar un daño en los términos expuestos.²²⁰

²¹⁹ Ibid p .985

²²⁰ Ibid p. 985

5. CAPÍTULO V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

Aquí se quiere analizar como la corte se hace cargo de los argumentos de cada parte para fabricar su fallo. El análisis de la decisión partirá por las cuestiones relativa a los documentos probatorios del demandado.

Debido a que el demandante cita la declaración de Derechos y Responsabilidades en su demanda, la corte tomará conocimiento del documento. Sin embargo, de los documentos restantes, la corte encuentra que no son ni documentos que el demandante necesariamente depende para fundar su pretensión, ni documentos los cuales su relevancia y autenticidad han de ser objetables.

En virtud de que los documentos rechazados son de fecha de 1 de julio de 2011, no es claro si es que las páginas web que el demandado presenta realmente existían al momento de que Facebook pusiera a funcionar las historias patrocinadas, o al tiempo que el demandado tomó las acciones que lo convirtió en sujeto de historias patrocinadas²²¹.

La entrada en vigencia de las historias patrocinadas - enero del 2011 - es previa a la fecha de los documentos presentados por la demandada para justificar que informó adecuadamente a sus usuarios de los cambios y consecuencias que tendría esta herramienta en su privacidad.

²²¹ 2011, "Fraley v. Facebook, Inc. | Cases | California | Westlaw", [en línea] <<https://1-next-westlaw-com.uchile.idm.oclc.org/Document/119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3D119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopeId=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>> [consulta: 25 de mayo de 2017]. p. 12

Segundo, sin perjuicio de que el demandado cita en su demanda un extracto del centro de ayuda de la página de Facebook, de ello no se sigue que un miembro registrado necesariamente ha de ver el actualizado centro de ayuda del sitio web que Facebook publica²²².

Por ende, dejando de lado la declaración de derechos y responsabilidades, la corte rechaza el conocimiento de los demás documentos presentados por la demandada e ignorándolos para fabricar su decisión.

5.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ARTÍCULO III.

Para establecer la legitimación del art. III, los demandantes tienen que demostrar que ellos cumplen con una serie de requisitos que pueden ser reducidos a tres:

(1) que en los hechos hayan sufrido de una lesión de un interés legalmente protegido que tiene que ser (a) concreto y particularizado, y (b) actual o inminente, no especulativo o hipotético;

(2) que, de la acción cuestionada por el demandado, sea fácil de identificar la lesión; y

(3) que sea probable, así como de opuesto a lo meramente especulativo, que el perjuicio causado sea enmendado por una decisión favorable²²³.

En una demanda colectiva, los demandantes individualizados que están representando respectiva a la colectividad deben afirmar y demostrar que ellos personalmente han sido víctimas de un perjuicio y no que éste ha sido sufrido

²²² Ibid. p.12

²²³ Ibid p.12

por otro miembro indeterminado de la demanda a la cual pertenece y pretende representar²²⁴.

Aquí no hay disputa de que los demandados cumplen con los requisitos segundo y tercero, por lo que el asunto cae en si es que los demandados han apropiadamente alegado una lesión o perjuicio en los hechos²²⁵.

El tribunal centra el análisis en el requisito tercero, esto es, que el perjuicio sea susceptible de ser enmendado por una decisión favorable. En el caso de una demanda colectiva, este requisito se aplica de manera individual a cada individuo integrante de la demanda. Así las cosas, el perjuicio no puede ser entendido como un agravio a todo un grupo como un entero, si no que a cada uno de ellos se les debe reconocer un perjuicio individual, y por ende le toca a la demandante establecer una teoría legal del perjuicio que sea susceptible de ser aplicada a cada caso individual.

Debido a que el perjuicio es un requisito tanto del artículo III como de la pretensión individual del demandado, la corte nota desde un principio la pregunta que se quiere plantear, de sí los demandados tienen legitimidad activa, (y que la corte tiene jurisdicción) es diferente a lo que es el fondo del asunto de la demanda²²⁶.

La legitimación de ninguna manera depende de los fundamentos contenidos en la pretensión del demandante de que una conducta en particular es ilegal. Al mismo tiempo, está bien establecido que el actual o amenazado perjuicio requerido por el art. III ha de existir únicamente en virtud de la ley, creando derechos legales, invasión de la cual proviene la legitimación²²⁷.

²²⁴ Ibid p.12

²²⁵ Ibid.p.12

²²⁶ Ibid p.13

²²⁷ Ibid p.13

El parlamento tiene el poder de definir por ley lo que es perjuicio y articular cadenas de causalidad que darán lugar a un caso o controversia donde no existía una antes. Ahora un demandante podría ser capaz de establecer lo que es un perjuicio constitucional usando como excusa la violación de un derecho conferido por ley, siempre y cuando pueda alegar que el perjuicio que sufrió fue específico para ella²²⁸.

Para determinar la legitimidad activa de una demanda colectiva en sede federal, se distingue entre si efectivamente la conducta del demandado fue contraria a Derecho, causándole a los demandantes un perjuicio que debe ser indemnizado. Esto es así porque a la corte se le pide realizar un análisis de forma del libelo y determinar que si dentro de su pretensión ha de existir en los hechos un perjuicio individual susceptible de ser reparado por un fallo que analice el fondo del asunto en la instancia correspondiente.

El análisis constitucional invocado - que determina si se tiene o no jurisdicción federal – explica cómo se da el fenómeno en donde un estatuto legal se ve analizado en una sede federal, es decir, a través de una moción fundada en la Constitución, se impugna una norma de jerarquía menor. Para la corte lo importante es poder extraer un perjuicio en los hechos que sea individual a cada víctima, es decir identificable y cuantificable en la realidad. Particularmente éste es un elemento en común que comparten ambas normas de jerarquía constitucional y legal, sin perjuicio de que la primera busca involucra un análisis de forma y la otra de fondo.

El principal perjuicio afirmado es la violación del de Derecho legal de la publicidad bajo el artículo 3344 del código civil de california. Como se discute de manera completa más adelante, el 3344 prohíbe el uso no consensual del nombre, voz, firma, fotografía, o imagen de otro para publicidad, vender, o con

²²⁸ Ibid. p. 13

el propósito de buscar un comprador y crea una acción para las personas damnificadas²²⁹.

Los demandantes afirman que el demandado usó sus nombres, fotografías, imágenes e identidades, para vender publicidades de productos, servicios, o marcas sin obtener su consentimiento siendo económicamente afectados cuando se les negó indemnización por tal uso no autorizado.

Sin evaluar el fondo de la acción del demandante, la corte encuentra que ellos han alegado una violación de sus Derechos legales individuales bajo el código civil de california, lo que constituye una invasión un interés legalmente protegido para el efecto del art III. En virtud de que el demandante ha sufrido la pérdida de su derecho legal, éste ha sufrido perjuicio en los hechos para propósitos de la legitimación del art III²³⁰.

Es más, los demandantes alegaron un perjuicio concreto y particular, actual o inminente y no especulativo o hipotético. La demanda contiene alegaciones específicas que describen exactamente qué información perteneciente a cada demandante fue usada por el demandado, cómo el demandado la usó y a quién fue publicada²³¹.

Cada demandante individualizado, dio clic en el botón me gusta del sitio web de la compañía Facebook y de ahí que cada nombre y fotografía de perfil - componentes de su imagen - fueron subsecuentemente usados sin su consentimiento en una historia patrocinada publicidad exhibida a sus amigos de la red social. Luego, la demandante alega que cada demandante fue mencionado en una publicidad de historia patrocinada que el demandante gustaba de cierto producto, compañía o marca independientemente del motivo del demandante para clicar en el botón me gusta de la página de la

²²⁹ Ibid p.13

²³⁰ Ibid.p.13

²³¹ Ibid p.14

compañía. La apropiación indebida comercial alegada es por consiguiente es concreta y particularizada con respecto a cada demandante nombrado e individualizado²³².

El perjuicio individual asignado cada uno de los demandantes consiste en que información en particular fue extraída y como fue usada en las historias patrocinadas de Facebook, tanto para el 3344 como para el art III. La corte entiende que darle al botón me gusta no es sinónimo de consentimiento para protagonizar una historia patrocinada y reconoce que hay una diferencia entre darle al botón me gusta y realmente tener afinidad con un contenido en el sitio.

Tampoco puede la corte decir que el perjuicio alegado es mera conjetura o que sea hipotético. El demandado argumenta que la teoría del demandante sobre daño económico es meramente especulativa, haciendo referencia a una línea de casos de privacidad en los cuales se ve involucrada la alegada divulgación de información personal, y que han sido desestimados toda vez que han fallado en mostrar un perjuicio.²³³

Mientras instructivos, todos estos casos son distinguibles. En ninguno de los casos está involucrado el Derecho legal de publicidad en cuestión o el afirmado valor económico de la promoción comercial de un producto o marca a sus amigos. Más bien, las teorías de perjuicio económico se fundamentaban en el alegado valor económico de su información personal, la cual fue usada por publicistas para dirigir publicidad a los demandantes mismos o por compañías marketing y de análisis informático²³⁴.

Además, en ninguno de los casos presentados los demandantes fueron capaces de articular como fueron económicamente damnificados por el uso de

²³² Ibid.p.14

²³³ Ibid p.15

²³⁴ Ibid p.15

su propia información y de explicar cómo la recolección de información demográfica implica una pérdida económica para ellos²³⁵.

En un caso se reconoce la viabilidad de los conceptos económicos abstractos propuestos, pero encontró que aquellos demandantes fallan en dar algún particularizado ejemplo de su aplicación en este caso. Similarmente, en otro caso se observa que no es obvio que en realidad los demandantes puedan articular algún perjuicio actual o inminente. Es justo en este punto que no han ofrecido una coherente y objetivamente fundamentada teoría de que el perjuicio ha de ser²³⁶.

El requisito de que el perjuicio no sea una conjetura o una hipótesis improbable, recae en proponer una teoría de daño económico que involucre tanto el estatuto de California como el valor comercial que carga el usuario en la promoción de productos o servicios a sus amigos cercanos. Se reconocen indicios de teorías de como en tales casos la información personal divulgada puede tener un valor económico, sin embargo, fallan en identificar con fundamentos objetivos cómo fueron damnificados económicamente.

En *Fraley*, los demandantes han articulado una teoría coherente de como ellos han sido económicamente afectados por la apropiación indebida de sus nombres, fotografías, e imagen en promociones comerciales pagadas y dirigidas, no a ellos mismos si no que a otros consumidores, sin su consentimiento²³⁷.

A diferencia de los casos usados por el demandado, los demandantes aquí no alegan que su historial personal de navegación tiene valor económico para publicistas ya que éstos podrían dirigir publicidades a los demandados

²³⁵ Ibid p.15

²³⁶ Ibid.p.15

²³⁷ Ibid p.15

mismos ni tampoco que su información demográfica tiene valor económico para compañías de marketing o de investigación informática²³⁸.

Más bien, han alegado que la promoción de productos, servicios y marcas a sus amigos y conocidos tiene valor en la economía en general, medido por el beneficio adicional que Facebook gana por vender historias patrocinadas, en comparación a la venta de publicidad tradicional. Además, los demandantes no sólo citan conceptos económicos abstractos para respaldar su teoría de perjuicio económico, sino que también señalan ejemplos específicos de como tu aprobación personal es valorada por los publicistas²³⁹.

En el texto de la demanda se hace referencia a Mark Zuckerberg, toda vez que él considera que una recomendación de confianza influencia a la gente más que el mejor mensaje emitido; en su esencia, una referencia de confianza es el santo grial de la publicidad. Un alto operativo en la administración de la publicidad del sitio - Sheryl Sandberg - explica que los publicistas siempre han sabido que la mejor recomendación viene de un amigo y que esto en muchas formas, es el santo grial de la publicidad. De acuerdo a Sandberg, el valor de la publicidad alojada en una historia patrocinada es al menos el doble y hasta el triple de veces mayor que el valor que una publicidad estándar de Facebook.com, la cual carece de la promoción de un amigo. Los demandantes añaden que la compañía de investigación en marketing Nielsen - frecuentemente citada por Facebook - también ha determinado que la publicidad consistente en recomendaciones de amigos es la forma más efectiva de hacer publicidad²⁴⁰.

En base a estas alegaciones en concreto, los demandantes afirman que ellos tienen un interés propietario tangible radicado en su aprobación personal para publicitar productos a sus amigos de Facebook, el cual ha lucrado

²³⁸ Ibid p.15

²³⁹ Ibid p.15

²⁴⁰ Ibid p.15

ilegalmente de la explotación sin consentimiento del derecho legal de publicidad del demandante²⁴¹.

Por ende, de la misma forma que las celebridades sufren daño económico cuando su imagen es indebidamente apropiada para el provecho comercial de otro y sin mediar indemnización, los demandados alegan que han sido lesionados por no ser remunerados por el uso de su aprobación comercial personal, porque en esencia los demandantes son celebridades para sus amigos. En virtud de esta teoría, la corte no encuentra que el perjuicio alegado por el demandado sea tan especulativo como para negarles legitimidad²⁴².

Una teoría coherente debe establecer como se constituye el perjuicio económico. El uso de nombres, fotografías e imágenes, para la promoción comercial de productos o servicios, tiene un valor económico que es posible de medir a través de las ganancias adicionales que Facebook obtiene a través de las historias patrocinadas. Esta ganancia adicional existe gracias a lo potente que es la referencia de un amigo cercano, que te lleva a decidir que producto o servicio consumir.

Esto es respaldado por Facebook mismo, el demandado. Aquí se invoca la necesidad de un consentimiento para utilizar la imagen del demandante toda vez que tiene al menos un legítimo interés de propiedad en ella, sobre todo si se va a utilizar para lucrar con ella a través de la publicidad. De la misma forma en que las celebridades son utilizadas para promocionar comercialmente un producto o servicio, los demandados fueron utilizados sin ser remunerados. Lo común entre una celebridad y el demandante es que ambos tienen influencia en su público, ya sea una gran audiencia o bien un grupo pequeño como la familia o los amigos.

²⁴¹ Ibid p.15

²⁴² Ibid.p.15

Solo un caso identificado por el demandado da directamente en el blanco. En *Cohen v. Facebook, inc*, los usuarios de Facebook interpusieron una acción de apropiación indebida en conexión a la difusión de su servicio para encontrar amigos. Este servicio habilita a identificar cuáles de las direcciones de correo electrónico correspondientes contactos del usuario no son miembros de Facebook aun y los invita a unirse a Facebook²⁴³.

En Cohen, los demandantes cuestionan la práctica de Facebook de colocar notificaciones en la página de inicio de sus miembros, exponiendo que ciertos de sus amigos de Facebook han usado el servicio de búsqueda de amigos y animándoles a probarlo²⁴⁴.

Facebook no interpuso una defensa del art III, pero la corte del distrito desestimó la demanda de apropiación indebida bajo la regla 12(b)(6) en cuanto sostuvo que el demandante falló en mostrar cómo el acto de divulgación a sus amigos de Facebook que han empleado el servicio para encontrar amigos, les causa algún daño que caiga dentro de la jurisdicción del tribunal para poder conocer de él, a pesar de que la extensión de la divulgación hubiera podido ser visto como un consentimiento tácito del servicio por ellos.

La corte en términos generales desestimó la demanda ya que no fue persuadida por el argumento de que el uso de los nombres e imagen de los demandantes sirve a un propósito comercial. La debilidad en su teoría recae en que del propósito de lograr aumentar la base de usuarios de Facebook, no se sigue que finalmente ello resulte en ganancia monetaria para Facebook²⁴⁵.

El caso Cohen ayuda a esquematizar como debe ser una teoría de perjuicio económico. El uso del nombre o imagen del usuario intrínsecamente no posee valor comercial, el cual es dado por su propósito. Incluso si se le es

²⁴³ Ibid p.15

²⁴⁴ Ibid p.15

²⁴⁵ Ibid.p.15

asociado a una publicidad, el valor comercial radica en la capacidad de influir en el consumo de determinado producto o servicio lo que directamente supone una ganancia comercial tangible y cuantificable. El hecho de que el servicio de búsqueda de amigos tenga la capacidad de ampliar la base de usuarios del sitio web no le reporta de manera directa una ganancia comercial puesto que de los nuevos usuarios no se sigue que necesariamente consuman productos o servicios del sitio.

Aunque a primera vista el caso *Cohen* aparece altamente similar al caso en cuestión, la corte encuentra diferencias. Los demandantes en Cohen fueron incapaces de mostrar que su nombre e imagen tenían algún valor comercial en la economía en general, y de hecho los demandantes negaban que ellos fueron requeridos de hacer tal exposición para mantener sus pretensiones del 3344. En contraste, los demandantes citaron declaraciones explícitas de Facebook que las aprobaciones de los amigos son dos o tres veces más valiosa que las publicidades genéricas²⁴⁶.

Los demandantes han ido más allá de identificar una relación directa entre el valor de su aprobación de productos compañías u marcas de terceros a sus amigos de Facebook y expuesto el beneficio comercial obtenido. Por consiguiente, los hechos demostrando que su aprobación personal tiene medible, y probable valor en la economía en general. Esta es la característica que lo diferencia de todos los casos expuestos por el demandado²⁴⁷.

La corte expresa que la distinción entre Fraley y Cohen radica en que el primero posee un nexo causal entre un valor comercial en la economía en general y el uso del nombre e imágenes que permite esa ganancia adicional. Ese valor comercial lo constituye su aprobación de un determinado producto o

²⁴⁶ Ibid p.16

²⁴⁷ Ibid.p.16

servicio en relación a su público, que debe ser de su círculo cercano para que sea efectiva su influencia en la opinión de los consumidores.

El demandado ha de solicitar a la corte evaluar el fondo de la demanda del 3344 incluso antes de dejar a éste pasar a través de la puerta del tribunal. Sin embargo, el análisis de la legitimación que impide a una demanda de ser adjudicada por falta de jurisdicción, no será usado para disfrazar un análisis de fondo, el cual determina si es que una demanda es de aquellas en la cual compensación puede ser otorgada si objetivamente es cierto. En esta etapa, la corte debe presumir que las alegaciones en general abarcan aquellos hechos específicos que son necesarios para fundamentar la demanda²⁴⁸.

Por consiguiente, la corte no encuentra apropiado importar el análisis en el fondo de la demanda del 3344 en el análisis de la legitimación constitucional. El demandado ha presentado suficientes alegaciones generales basadas en hechos que dan un perjuicio como resultado de la conducta del demandado para sobrevivir una petición de desestimar del 12(b)(1). La solicitud para desestimar por falta de legitimación constitucional es, por lo tanto rechazada²⁴⁹.

Al compartir el 3344 con el art III el requisito del perjuicio, la corte recuerda que este análisis es exclusivamente de forma. La diferencia expuesta radica en que la corte presume verdaderas la mayoría de las alegaciones presentadas por el demandante, principalmente aquellas que fundamentan en la demanda y apuntan a determinar la existencia de un perjuicio susceptible de ser reparado, algo perteneciente a una etapa probatoria en el análisis de fondo.

5.2. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LA LEY DE CALIFORNIA

La parte demandada pretende desechar la acción de apropiación indebida interpuesta, toda vez que los demandantes han fallado en establecer

²⁴⁸ Ibid p. 16

²⁴⁹ Ibíd.p. 16

una pretensión susceptible de poder otorgar una compensación. Es cierto que los demandantes han logrado presentar de manera satisfactoria un perjuicio en los hechos como requisito para una acción constitucional. Sin embargo, esto no necesariamente significa que han interpuesto de manera apropiada un reclamo para reparar tal agravio. Un demandante podría sufrir un daño suficiente como para abrirle la puerta de la corte, pero sin más que eso la acción no perseverará debido a su falta de fundamento²⁵⁰.

Desde hace mucho que el estado de California ha reconoce el Derecho a proteger el nombre e imagen de la apropiación de otros para su propio provecho. La ley provee 2 vehículos para reivindicar este Derecho: una acción civil de apropiación comercial indebida y una compensación reglamentaria para la misma figura, bajo el artículo 3344 del Código Civil de California²⁵¹.

Para accionar de la primera, las alegaciones del demandante deben poseer la suficiencia necesaria para establecer en los hechos que:

(1) el demandado usó la identidad del demandante;

(2) la apropiación del nombre o imagen del demandante para provecho comercial o de otro tipo por parte del demandado;

(3) falta de consentimiento; y

(4) lesión como resultado.

Para accionar del 3344 el demandante debe alegar todos los elementos de la acción común y además debe probar;

(5) un uso intencional por parte del demandado y

²⁵⁰ *Ibíd.*p. 18

²⁵¹ *Ibid* p. 18

(6) una conexión directa entre el supuesto uso y el propósito comercial²⁵².

Para reivindicar el Derecho a proteger el nombre e imagen de los usuarios miembros, los demandantes afirman que Facebook usó las identidades plasmadas en el perfil de los usuarios, compuestas por su nombre e imagen.

La apropiación fue realizada con la intención de obtener ganancias toda vez que pareciera ser cuantificable el lucro obtenido de la venta de espacios de publicidad dirigida e incluso de las propias ventas de los productos o servicios relacionados con Facebook y el servicio de Historias Patrocinadas.

El consentimiento aquí es tema de debate puesto que las historias patrocinadas y su configuración de privacidad empezaron a funcionar por defecto, lo que permite el uso de los perfiles de los usuarios. Esto tiene que ver con la forma en que se notificaron los nuevos términos y condiciones de uso a los usuarios a través del centro de ayuda de la inclusión de esta nueva modalidad, y que implicancias tendría en la configuración de privacidad su entrada en vigencia.

Por haberse aprovechado con el propósito de obtener un lucro a costa del nombre e imagen contenidos en el perfil de la persona, sin su consentimiento aparente y sin compensarle los demandantes, los demandantes estiman que se genera un daño que debe ser reparado.

Por último, respecto de los requisitos adicionales, el primero tiene que ver con el uso intencional por parte de Facebook puesto que él fue quien puso a funcionar el sistema por defecto, pudiendo haber actuado de manera distinta. Luego, el nexo entre el supuesto uso y el propósito comercial lo constituye el hecho de utilizar espacios pagados para mostrar publicidades dirigidas, puesto

²⁵² *Ibíd.* p. 18

que su efectividad es mayor. Consecuentemente, se podría cobrar más por espacio publicitario o bien se influencia de forma más potente al usuario para conminarlo a consumir finalmente el producto o servicio ya sea de Facebook o de algún comprador del espacio publicitario que promociona su aviso.

El uso por parte de *Facebook* de los nombres, fotografías e imagen en historias patrocinadas viola el artículo 3344 (a) que dispone en su parte relevante:

*“[a]ny person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or *804 soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof.²⁵³”*

El fragmento de la norma dispone que la persona que use el nombre, voz, firma, fotografía o imagen de otro, debe hacerlo a sabiendas o intencionalmente. Este uso puede ser de cualquier manera o sobre o en los productos, en mercancía, bienes, con propósito de hacer publicidad o de comercialización, o requiriendo la compra de productos, mercancía, bienes o servicios, sin el consentimiento previo de la persona. En el caso de un menor de edad, el consentimiento previo debe ser de su representante legal. Finalmente, el sujeto será responsable por los daños sufridos por la persona o personas como resultado de ello.

La sanción para la infracción del artículo 3344 se encuentra en su apartado (a) que dispone que la parte infractora:

²⁵³ *Ibíd.* p. 18

“shall be liable to the injured party or parties in an amount equal to the greater of [\$750] or the actual damages suffered by him or her as a result of the unauthorized use,” y deberá devolver “any profits from the unauthorized use that are attributable to the use and are not taken into account in computing the actual damages”²⁵⁴.

La infractora será responsable respecto de la parte afectada, en la cantidad de 750 dólares americanos o por los daños existentes sufridos por él o ella como resultado del uso sin autorización. Aquí la ley determina que el criterio a aplicar corresponderá al que resulte ser mayor en cantidad y, además, el infractor deberá devolver cualquier ganancia que sea atribuible al uso sin autorización y que no fue considerada al momento de computar la indemnización compensatoria.

En síntesis, el demandado pide desestimar la acción en razón de que;

(1) las prácticas de Facebook caen bajo el artículo 3344 letra (d) la cual corresponde a la excepción de interés periodístico para la cual el consentimiento no es requerido;

(2) en todo caso, los demandantes consintieron al uso de sus nombres, fotografías e imagen; y

(3) los demandantes fallan en alegar perjuicio suficiente bajo el artículo 3344 letra (a).

Notablemente el demandado a estas alturas disputa que usó a sabiendas la identidad del demandado o bien sus nombres o gustos para su propio provecho comercial²⁵⁵.

5.2.1. INTERÉS PERIODÍSTICO Y CONSENTIMIENTO

²⁵⁴ *Ibíd.* p. 18

²⁵⁵ *Ibíd.* p. 19

Bajo la ley de California, la excepción de interés periodístico del art. 3344(d) tiene su impronta en el Derecho Constitucional de la libertad de expresión consagrado en la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos²⁵⁶.

Por lo tanto, una acción judicial por apropiación comercial no recae en la publicación de asuntos de interés público, el que a su vez encuentra su fundamento en el Derecho del público a informarse y la libertad de la prensa de publicar. Esta defensa de la primera enmienda se extiende a casi todos los reportajes de eventos recientes, así como también a las publicaciones sobre gente que por sus logros, forma de vida, vocación o postura profesional, crean una válida y generalizada atención a sus actividades²⁵⁷.

La libertad de expresión, la libertad de prensa y el Derecho del público a informarse fundamentan la existencia de la excepción de interés periodístico, valores que colisionan con la privacidad representada aquí por el aprovechamiento comercial de la imagen de la persona. Esta excepción permitiría informar de actividades de usuarios que sean recientes o bien de sus propias publicaciones. Para el demandado, el uso de las historias patrocinadas corresponde a un servicio que proyecta una válida y generalizada atención a sus usuarios toda vez que pretende actuar como un agente informante de asuntos de interés periodístico.

Además, se anota que la pretensión del demandante debe ser desestimada debido a que las historias patrocinadas caen en la excepción de interés periodístico del artículo 3344 letra (d), la cual prescinde de requerir consentimiento. La Norma en su parte relevante reza que:

²⁵⁶ Ibid p. 19

²⁵⁷ Ibid.p. 19

“use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with any news, public affairs, or sports broadcast or account, or any political campaign, shall not constitute a use for which consent is required under[§ 3344(a)]”²⁵⁸.

El párrafo transcrito quiere decir que el uso del nombre, voz, firma, fotografía o imagen, vinculadas a alguna noticia, asuntos públicos, transmisiones o resúmenes deportivos, campañas políticas, no constituirán un uso para el cual el consentimiento sea requerido, según el 3344(a).

El argumento del demandado se puede analizar desde dos perspectivas. Por una parte, Facebook sostiene que la re publicación de los nombres o de las imágenes de perfil de los usuarios miembros, junto a la afirmación de que gustan ciertas paginas o contenido, u otras acciones que hayan tomado, son de interés público²⁵⁹.

Esto es así porque;

(1) los demandantes son figuras públicas para sus amigos y;

(2) la expresión de la opinión del consumidor es generalmente de interés periodístico.

Frente a este argumento, los demandantes niegan que ellos sean figuras públicas y ponen en tela de juicio sí el acto de cliquear en el botón de “me gusta” sea exactamente caracterizado como una expresión de la opinión de un consumidor toda vez que se suele hacer más por curiosidad que por afinidad²⁶⁰.

El esquema de historias patrocinadas intenta disfrazarse de medio informativo para los usuarios respecto de sus amigos registrados. Lo que se denomina actividad reciente o publicaciones, son identificados como

²⁵⁸ Ibid p. 19

²⁵⁹ Ibid p. 19

²⁶⁰ Ibid p. 19

promociones comerciales de un determinado producto o servicio por parte del sitio.

El hecho de sostener que la opinión personal del consumidor, es decir, la preferencia de elegir tal producto o servicio y que es representado por la historia patrocinada, es un evento reciente y relevante para los demás usuarios, por lo que debe estar protegida por la libertad de informar.

La corte concuerda con el demandado en que el demandante debe elegir entre un camino argumental y no ambos. Los demandantes no pueden afirmar perjuicio económico bajo la teoría de que son celebridades para sus amigos de Facebook, y al mismo tiempo negar que son figuras públicas a aquellos mismos amigos por propósitos de interés periodístico²⁶¹.

Se revela un conflicto entre la idea de que los demandantes son celebridades a menor escala respecto de sus amigos y la excepción de interés periodístico, puesto que este argumento pareciera que puede ser utilizado por ambas partes; tanto para fundamentar la teoría económica del perjuicio que sostiene la demanda y como para activar la protección de la excepción legal indicada.

La corte no está convencida de que el demandado gane mucho de su propio argumento. Mientras que la corte coincide con la afirmación del demandante respecto a su estado de celebridad local dentro de su propia red social, eso no necesariamente los hace sujetos de interés público entre la misma audiencia. Incluso, información de interés público podría estar sujeta a responsabilidad legal del 3344 cuando es publicada con un interés comercial que predomine por sobre los propósitos periodísticos²⁶².

²⁶¹ Ibid p. 19

²⁶² Ibid p. 19

No obstante, la Corte de Apelaciones del Noveno circuito de los Estados Unidos ha sostenido de manera clara que el uso comercial de información de interés periodístico podrá aun resultar en responsabilidad bajo el 3344. Por consiguiente, incluso si las acciones tomadas por el demandante son de interés periodístico, los demandantes afirman que el uso comercial por parte de Facebook de aquellas acciones en historias patrocinadas los saca del alcance del privilegio del 3344(d) correspondiente al interés periodístico²⁶³.

Debido a que la publicación por parte de Facebook de los me gusta es para uso comercial con propósitos publicitarios y no para asuntos de interés periodístico o público, la corte no encuentra apropiado desestimar la acción bajo la excepción de interés periodístico estipulada en 3344(d)²⁶⁴.

Efectivamente Facebook argumenta que sus usuarios son figuras públicas en algunos contextos y como resultado tendrán una protección de privacidad. La corte reconoce que los demandantes en esencia afirmaron una suerte de status de celebridad entre sus amigos de Facebook para fundamentar su acción, no obstante que después intentaron negar tal status para no gatillar la protección de la excepción de la primera enmienda.²⁶⁵

Como dicho anteriormente, La corte razona que los demandantes no pueden tener ambas opciones, si quieren pretender daño económico por parte de la explotación de su notoriedad por parte de Facebook, entonces esa misma notoriedad teóricamente debería convertirlos en figuras públicas a quienes son sujetos de la excepción de interés periodístico. Sin embargo la corte fue cuidadosa en resaltar que incluso la información de interés periodístico puede

²⁶³ Ibid p .19

²⁶⁴ Ibid p. 19

²⁶⁵ GREA, FRANCESCA. 2014. "To Like Or Not to Like: Fraley V. Facebook's Impact On California's Right Of Publicity Statute In the Age of Internet". [En línea] Loyola Los Angeles Law Review. < digitalcommons.lmu.edu/llr/vol47/iss3/7/ "> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 877

caer fuera de la excepción del 3344(d) si es usada de manera inapropiada con un propósito más comercial que periodístico. Así, cuidadosamente se traza una línea que deja fuera al uso comercial de la información del demandado del alcance del privilegio de privacidad y de la protección del 3344(d).²⁶⁶

Finalmente, esta distinción guía a la corte a concluir que las historias patrocinadas caen fuera de la esfera limitada de la excepción de interés periodístico, debido a su naturaleza comercial más que periodística, sin perjuicio de la calidad de celebridad local de los usuarios.²⁶⁷

En otro apartado, el demandado argumenta que incluso si el consentimiento es requerido, el demandante dio el consentimiento necesario al registrarse y usar el sitio de Facebook bajo los términos de uso. Este documento informa a sus miembros que se pueden usar los ajustes de privacidad para limitar como el nombre y perfil imagen podría ser asociada con un comercial patrocinado o contenido relativo, suministrado o mejorado por Facebook. De aquí, el demandado obtiene el permiso para usar el nombre e imagen de perfil de Facebook en conexión con ese contenido, sujeto a los límites que el usuario establezca.²⁶⁸

El demandado fabrica un consentimiento tácito a partir del de acto de registro que involucra unirse al sitio y aceptar los términos y condiciones previos

²⁶⁶ Ibid. p. 877

²⁶⁷ Ibid. p. 877

²⁶⁸ 2011, "Fralely v. Facebook, Inc. | Cases | California | Westlaw", [en línea] <<https://1-next-westlaw-com.uchile.idm.oclc.org/Document/119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3D119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopeld=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>> [consulta: 25 de mayo de 2017]. P. 20

a la aparición de las historias patrocinadas. Para respaldar su posición alega que dentro del sitio web existe la suficiente información para entender el esquema, así como también opciones de privacidad que permite regular el contenido de ellas. Es de notar que no existe una opción para completamente salir de la herramienta publicitaria.

Facebook esgrimió un argumento similar en Cohen I, pero la corte no fue persuadida, al concluir que ninguna de las disposiciones contenidas en los documentos de los términos de uso a los cuales Facebook ha puntualizado, constituye un consentimiento claro por parte de los miembros para compartir su nombre o imagen de perfil de una manera tal, que revela que servicios ellos han utilizado o aprobado²⁶⁹.

De acuerdo a la red social, las historias patrocinadas sólo son emitidas a los amigos confirmados y respetando los ajustes de privacidad configurado para las noticias. Los Miembros también podrán prevenir una forma específica de historia de ser republicada como una historia patrocinada al clicar la “X” dispuesta en la parte superior derecha de una historia y elegir la opción apropiada cuando requerido. Así, los miembros podrán no optar salir de las historias patrocinadas, y sus acciones individuales podrán ser republicadas como historias patrocinadas a una audiencia compuesta por sus amigos registrados²⁷⁰.

Los demandantes sostienen que ellos nunca consintieron de ninguna forma al uso de su nombre o imagen en historias patrocinadas, tomando en cuenta que el servicio de historias patrocinadas ni siquiera fue una característica de Facebook al tiempo que ellos se convirtieron en usuarios registrados. Tampoco los demandantes fueron requeridos de revisar o renovar

²⁶⁹ Ibid p. 20

²⁷⁰ Ibid.p. 20

los términos de uso de manera posterior a la introducción del servicio de historias patrocinadas, que opera en base a la exclusión voluntaria.

El principal argumento del demandante respecto del consentimiento es que incluso si la declaración de derechos y responsabilidades pueda ser ampliamente interpretada para incluir a las historias patrocinadas, tal consentimiento fue obtenido fraudulentamente y por lo tanto sin saber y deliberadamente²⁷¹.

Por ende, incluso si el consentimiento es requerido por no caer en la excepción de interés periodístico, de todas formas los usuarios consintieron en cuanto ellos se inscribieron para usar el sitio y aceptaron los términos y condiciones del sitio. Facebook explica que los términos estipulan que los usuarios pueden modificar sus ajustes de privacidad para limitar la explotación de sus imágenes relacionadas a usos comerciales u otros no deseados. La red social reconoce que los usuarios no pueden optar fuera de manera específica del servicio de historias patrocinadas, sin embargo el sitio clama que los miembros pueden tener un control razonable sobre el uso de su imagen al tener la posibilidad de ejercer un control sobre si las acciones individuales podrían ser republicadas como historias patrocinadas y la precisa audiencia a la cual estas historias serían mostradas. La corte declinó hacerse cargo de este tema puesto que estima que es una cuestión de hecho por resolver.²⁷²

Sí se aplicara el razonamiento utilizado en Cohen, pareciera que Facebook fallaría en esconderse detrás de sus términos de servicio para blindarse de responsabilidad. Mientras los usuarios en los hechos no consintieron con los términos de uso del sitio su consentimiento no era tan universal, al contrario,

²⁷¹ Ibid p. 20

²⁷² GREA, FRANCESCA. 2014. "To Like Or Not to Like: Fraley V. Facebook's Impact On California's Right Of Publicity Statute In the Age of Internet". [En línea] Loyola Los Angeles Law Review. < digitalcommons.lmu.edu/ljr/vol47/iss3/7/ "> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 877-878

tiene un alcance limitado. Es difícil de imaginar que los usuarios podrían razonablemente e inteligentemente haber aceptado un servicio que no existía al momento que se inscribieron para usar el sitio.

La existencia de consentimiento asume que hay un grado de razón acompañado de deliberación y un balance que permite a la persona tomar una decisión informada. Así, a los miembros no se les otorgó la oportunidad adecuada para dar un consentimiento significativo. Simplemente dar a los usuarios la habilidad de alterar sus ajustes de privacidad para limitar que su información sea usada en historias patrocinadas no elimina la necesidad de consentimiento.²⁷³

Consentimiento además asume que no hay fraude o error involucrado en la toma de la decisión. Persuadir usuarios a gustar a una compañía o a sus productos con promociones o descuentos sin completamente informarles que ellos estarán promocionando comercialmente aquellos productos se contrapone a la idea del consentimiento significativo. En vez de eso, pareciera que los publicistas aprietan el gatillo sin siquiera darles la oportunidad a los usuarios de decidir si en verdad gustan el producto o no antes de presumir las críticas positivas de los productos servicios de la compañía a sus amigos. En realidad los miembros quizás no gusten de los productos o su compañía, si no que en verdad querían acceso a información como demostraciones gratuitas fotografías ofertas especiales o incluso premios promocionales.²⁷⁴

Tal y como en el caso Cohen, el hecho de que sí las páginas web de declaración de Derechos y responsabilidades, política de privacidad, o centro de ayuda dieron al demandado el Derecho a usar el nombre e imagen para publicidades en la forma de historia patrocinada y para la ganancia comercial de

²⁷³ Ibid. p. 878

²⁷⁴ Ibid p. 878

Facebook, no es un asunto que pueda ser revisado en una instancia como esta, sino que corresponde hacerlo en un procedimiento de lato conocimiento.²⁷⁵

Mientras la corte decidió que el alcance del consentimiento pareciera ser limitado, un asunto que no fue atendido es sí el acto de gustar algo crea un elemento agregado al consentimiento en cuanto a la información usada en historias patrocinadas. Sin el conocimiento apropiado del producto o compañía es lógico que el usuario no pueda dar un consentimiento pleno y libre de todo vicio y hacer un balance apropiado para tomar una decisión informada. Adicionalmente, cuando usuarios son tentados por promesas de productos gratis y tentados por promociones, el paso adicional de gustar el producto podría ser realizado más por curiosidad que por dar el consentimiento. Esta engañosa técnica de publicidad es una forma inteligente de dar a los publicistas el permiso de usar imágenes públicas para promocionar comercialmente productos que ellos realmente no conocen mucho.²⁷⁶

Otra problemática a la cual la corte no se refirió fue la capacidad del menor para dar su consentimiento para que su imagen pública sea usada con propósitos comerciales. Dos de los demandantes individualizados en *Fraley* eran menores de edad. De manera anticipada, Facebook intentó saldar el caso

²⁷⁵ 2011, “*Fraley v. Facebook, Inc.* | Cases | California | Westlaw”, [en línea] <<https://1-next-westlaw-com.uchile.idm.oclc.org/Document/119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3D119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopelId=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>> [consulta: 25 de mayo de 2017]. p. 20

²⁷⁶ GREY, FRANCESCA. 2014. “To Like Or Not to Like: *Fraley V. Facebook’s* Impact On California’s Right Of Publicity Statute In the Age of Internet”. [En línea] *Loyola Los Angeles Law Review*. < digitalcommons.lmu.edu/llr/vol47/iss3/7/ > [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 879

antes de que avanzara más en el sistema judicial lo que es reflejado en acuerdo propuesto y las proposiciones para hacerse cargo de los problemas relacionados a los menores dando su consentimiento.²⁷⁷

De los cambios propuestos en los términos y condiciones de la compañía que afectarían a los menores el acuerdo requería que los menores dieran consentimiento a través de sus padres (parental) antes de que ellos pudieran protagonizar una historia patrocinada. Los demandantes menores de edad objetaron este cambio protestando que mientras se hacía cargo del problema fundamental de que los menores carecen de la capacidad de proveer consentimiento simplemente pidiendo que confirmen, la autorización parental es insuficiente. Mientras que los demandantes menores de edad tienen razón de enfatizar su incapacidad para dar un consentimiento significativo y de demandar cambios en la compañía, la jurisprudencia sugiere que ellos están en terreno sólido a menos que estén dispuestos a dejar de usar el sitio por completo un sacrificio que la mayoría de los menores no están dispuestos a tomar.²⁷⁸

5.2.2. PERJUICIO

El derecho a impedir a otros de apropiarse de elementos de la identidad de uno para la ganancia comercial de otro, ha evolucionado desde el Derecho a la privacidad, que es frecuentemente descrito como la composición de cuatro separados y distintivos agravios:

- (1) tras la intrusión a la privacidad o soledad del demandante;
- (2) divulgación pública de hechos privados;
- (3) poner al demandante en una falta a la luz en el ojo público; y

²⁷⁷ Ibid p. 879-880

²⁷⁸ Ibid p. 879-880

(4) apropiación para la ventaja del demandado de la imagen o nombre del demandante.

Mientras que la violación al Derecho a la privacidad podría resultar en una lesión a los sentimientos - lo que es totalmente mental o subjetivo - la ley de California desde hace tiempo ha reconocido que donde la identidad apropiada tiene valor comercial, el perjuicio será largamente o incluso completamente de una naturaleza material o económica. El Derecho de publicidad se ha convertido por ende una herramienta para controlar el uso comercial y por ende proteger el valor económico del valor de una voz firma fotografía o imagen²⁷⁹.

El fundamento de la demanda que es el perjuicio, tiene su antecedente en la vulneración al Derecho constitucional de la privacidad, representado por la apropiación por parte de Facebook del nombre e imagen de sus usuarios para obtener una ventaja, esto es, una ganancia proveniente de la venta de espacios publicitarios o bien del consumo de productos o servicios relacionados a las historias patrocinadas.

La corte intenta dejar atrás una doctrina que intenta cuantificar el daño sentimental que es totalmente subjetivo, para dar paso a una visión largamente identificada como patrimonial. Así, la vulneración del derecho de la privacidad se comprueba con la ganancia económica adicional de Facebook, entendiendo que puede haber o no un dolor subjetivo que ronde todo evento.

²⁷⁹ 2011, "Fralely v. Facebook, Inc. | Cases | California | Westlaw", [en línea] <<https://1-next-westlaw-com.uchile.idm.oclc.org/Document/119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3D119ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopeld=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>> [consulta: 25 de mayo de 2017]. p. 20

Si bien es cierto que los demandantes alegan que han sufrido angustia mental como resultado de las acciones del demandado, más se apoyan en que han sufrido un perjuicio económico porque ellos no fueron compensados por el uso comercial de sus nombres e imagen en publicidades dirigidas a sus amigos de Facebook.

El demandado no niega que el demandante ha de poder afirmar perjuicio económico, pero insiste en que debido a que no son celebridades ellos deben demostrar algún tipo de valor comercial preexistente asociado a su nombre o imagen, por ejemplo a través de afirmar que ellos previamente recibieron alguna remuneración por el uso de su nombre o imagen o que ellos han buscado obtener tal remuneración²⁸⁰.

Esta interpretación del 3344 no sólo exige alegar que los demandantes son celebridades respecto de sus amigos, sino que para poder ser remunerados por el uso o bien para renunciar a ello, es necesario demostrar un valor comercial existente en el mercado respecto de su propio nombre e imagen y que no tenga que ver con las historias patrocinadas.

Primero, la corte no encuentra texto legal o jurisprudencia aplicada al caso que respalde la interpretación del demandado del 3344 respecto a cómo es requerido demostrar un valor comercial preexistente o esfuerzos de capitalizar tal valor²⁸¹.

El texto del 3344 simplemente estipula que cualquiera que intencionalmente use el nombre voz firma fotografía o imagen de otro de cualquier forma, con el propósito de hacer publicidad o vender y sin el consentimiento de esa persona será responsable de todos daños sufridos por la persona o personas damnificadas como resultado de ello. El texto legal no menciona nada sobre un valor preexistente y, de hecho, puede ser leído para presumir que cuando el

²⁸⁰ Ibid. p. 20-21

²⁸¹ Ibid. p. 21

nombre, fotografía o imagen de una persona es usada por otro, con propósitos comerciales y sin su consentimiento, ella afectada como resultado de ello²⁸².

Después de sondear las decisiones de los tribunales de California que estén en consistencia con este fallo, al menos un tribunal ha sugerido que las cortes generalmente presumen el cuarto elemento de la prueba aplicable si se ha sido establecido que hay suficiente evidencia para probar los primeros tres elementos. De hecho, en casos de celebridades demandantes, la simple alegación de que el demandante no fue compensado ha sido considerada suficiente para cumplir los requisitos normativos del perjuicio expuestos más arriba²⁸³.

El argumento esgrimido por Facebook en relación a la necesidad de un valor comercial preexistente para que los demandados puedan acreditar una hipótesis de perjuicio, no es considerado por el tribunal puesto que de lo literal y simple del art. 3344 se desprende que la norma está orientada a no entorpecer o dificultar el cumplimiento del perjuicio como requisito, tanto como para demandantes personas públicas o privadas.

La corte reduce el cumplimiento del cuarto requisito a la existencia copulativa de los tres anteriores, es decir, con evidencia suficiente para acreditar los requisitos de la norma, no es necesario acreditar el daño puesto que se presume. En conclusión, según la corte, a la demandante no le es necesario probar el daño causado por el uso indebido debido, ya que una vez configurada la hipótesis legal, se presume legalmente el perjuicio.

La corte tampoco encuentra razón alguna para imponer un estándar más alto en la demanda en celebridades y no celebridades. Los tribunales de

²⁸² Ibid. p. 21

²⁸³ Ibid. p. 21

california claramente han sostenido que el Derecho legal de la publicidad existe tanto para celebridades y no celebridades por igual²⁸⁴.

Como la Corte de Apelaciones ha aceptado tiempo atrás, aunque generalmente entre más grande la fama o notoriedad de la identidad apropiada, más grande será la magnitud del perjuicio económico sufrido, la apropiación de la identidad de una persona relativamente desconocida podrá resultar en perjuicio económico o podrá por sí mismo crear valor económico en lo antes no tenía valor²⁸⁵.

De este modo, los tribunales desde hace tiempo han aceptado que el nombre imagen u otro atributo de la identidad de la persona puede tener valor comercial, incluso si el individuo es relativamente desconocido. Por ejemplo, en empresas KNB el dueño del *copyright* de fotografías eróticas a modelos relativamente desconocidas demandó por apropiación indebida. En un fallo favorable para el Derecho de la publicidad de las modelos, la Corte de Apelaciones de California explicó que, sin perjuicio de que las modelos no son celebridades, su anonimidad era por si misma presuntamente un bien mueble sujeto de ser valorado en el marketing de fotografías eróticas²⁸⁶.

Similarmente, en *Downing* la Corte de apelaciones del Noveno circuito sostuvo que una pretensión de un surfista del 3344, alegando que una tienda de ropa de usó de manera ilegal una fotografía de él surfeando con propósito de hacer publicidad. La corte explica que la apropiación sin autorización del nombre, voz, firma, fotografía o imagen de un demandante desconocido no ha de infligir tanto perjuicio económico respecto al que podría sufrir una celebridad

²⁸⁴ Ibid p. 21

²⁸⁵ Ibid p. 21

²⁸⁶ Ibid p. 21

demandante, no obstante, la ley de California no está limitada exclusivamente a celebridades demandantes²⁸⁷.

Por último, la Corte Suprema de Nevada ha sostenido que el propósito legislativo de proveer un reembolso mínimo para no celebridades, es para desalentar la apropiación²⁸⁸.

El propósito del Derecho de publicidad es proteger la privacidad de todas las personas sin importar en primera instancia su calidad o no de celebridad. Para cuidar su derecho a la privacidad y frente a la infracción a la ley se provee un monto mínimo a indemnizar para proteger al que no posee la calidad de celebridad. Sin perjuicio de que el espectro de aplicación de la norma otorga protección a ambos, la magnitud de la indemnización determinada por el perjuicio causado se verá afectada, aumentando entre más pública sea la celebridad o disminuyendo entre más desconocida sea la persona.

En el medio del espectro se encuentran demandantes que solían ser no celebridades, típicamente modelos, artistas, animadores, u otros profesionales quienes han cultivado algún valor comercial explotable a través de sus propios esfuerzos. Aun así, la corte no exige un valor comercialmente explotable como resultado de su propio talento o esfuerzo, para que prospere una acción por daños y perjuicios bajo el 3344. En una sociedad dominada por *reality shows*, televisión, YouTube, Twitter, y sitios en línea de redes sociales, la distinción entre celebridad y no celebridad pareciera ser cada vez más arbitraria²⁸⁹.

Por último, la corte encuentra que incluso si personas no celebridades fuesen sujetas a un estándar más riguroso para accionar bajo el 3344, las

²⁸⁷ Ibid p. 21

²⁸⁸ Ibid. p. 21

²⁸⁹ Ibid. p. 22

alegaciones del demandante satisfacen las exigencias para interponer una demanda de perjuicios económicos bajo 3344²⁹⁰.

Rezagado el rol de determinar la calidad de celebridad o no a influenciar la extensión del daño, se revela que al momento de analizar la existencia de un daño al Derecho de publicidad, la categoría anterior es indiferente para el análisis de formalidad de la corte. Incluso, al hacer énfasis de como el demandante cumple de manera excepcional al acreditar la infracción a un interés legalmente protegido con su teoría de que en día los mensajes de marketing social tienen un valor comercial en la economía en general y que en este caso en particular lo tienen las historias patrocinadas.

Cuando un cliente tiene una buena experiencia en Facebook, la acción promedio es compartida con 130 personas; número promedio de amigos que un usuario suele tener en el sitio. Convertir a tus clientes en tus propios comerciantes es algo que los publicistas han buscado por largo tiempo. En promedio, si comparas una publicidad sin la aprobación de un amigo y comparas una publicidad con el me gusta de un amigo de Facebook esta son las diferencias: en promedio 68% más probable que la gente recuerde ver la publicidad con el nombre de su amigo; un 100% - dos veces - más probable de recordar el mensaje del anuncio y un 300% más probable de comprar.²⁹¹

Los demandantes agregan que las afirmaciones expuestas fueron realizadas por los distintos directores ejecutivos de Facebook y son corroboradas por la compañía Nielsen, una agencia de investigación de publicidad líder que Facebook frecuentemente cita²⁹².

En esencia, el Derecho de la publicidad significa que la reacción del público al nombre e imagen de la persona, le dota a ésta de oportunidades

²⁹⁰ Ibid. p. 22

²⁹¹ Ibid. p. 22

²⁹² Ibid p. 22

comercialmente explotables. Por consiguiente, los demandantes han alegado que de la misma manera en que las celebridades disfrutan de publicitar entre sus amigos inmediatos y seguidores, en esencia, los demandantes son celebridades para sus amigos²⁹³.

Tradicionalmente los publicistas han tenido poco incentivo para explotar la imagen de una no celebridad porque tal aprobación ha de traer poco peso en la economía a larga escala. Sin embargo, las afirmaciones del demandante sugieren que la habilidad de la publicidad de llevar a cabo un marketing dirigido, ha convertido a las aprobaciones entre amigos una herramienta valiosa de marketing, justo como la promoción que hacen las celebridades que siempre han sido tan consideradas²⁹⁴.

Dado que la protección del nombre e imagen frente a un acto injustificado de intrusión o explotación constituye el corazón de la ley de privacidad, la corte encuentra que los argumentos del demandante son lo suficientemente convincentes para no desestimar su acción. La explotación de la personalidad de otro para propósitos comerciales constituye uno de los más flagrantes y comunes medios de invasión a la privacidad²⁹⁵.

Además, respecto al argumento del demandado de que la acción de clicar en el botón de me gusta no ha de reflejar genuina afinidad por el producto, evento, compañía o causa en cuestión, vuelve a la teoría del demandante de perjuicio económico mucho más implausible, porque los publicistas no han de pagar para que los demandantes aprueben y promocionen comercialmente productos que no han de gustar realmente. Este argumento tiene mérito de poca discusión porque como dicta el sentido común,

²⁹³ Ibid p. 22

²⁹⁴ Ibid p. 22

²⁹⁵ Ibid p. 22

el valor de la aprobación de una celebridad no necesariamente se correlaciona con la afinidad actual de ésta por el producto publicitado²⁹⁶.

Lo específico de las alegaciones del demandante permite comparar este caso con *Cohen I* y *Cohen II*. Allí, los demandantes acusaron a Facebook de violar sus derechos por compartir sus nombres e imágenes de perfil con otros usuarios para promocionar el servicio de búsqueda de amigos de Facebook de una manera que constituía;

(1) una representación expresa de que el demandante han utilizado el servicio de búsqueda de amigos; y

(2) al menos de manera discutible, una aprobación tácita por el demandante al servicio²⁹⁷.

La corte desestimó la demanda por el 3344, fallando que los demandantes no mostraron como la mera divulgación a sus amigos de Facebook de que habían empleado el servicio de búsqueda de amigos - incluso asumiendo que algunos de ellos no lo hicieron- les causa algún daño sujeto de ser conocido por este tribunal, independiente de la extensión a la cual la divulgación podría llegar y de además ser vista como una aprobación tácita por ellos del servicio²⁹⁸.

La corte falla que los demandantes no han demostrado tener un derecho para obtener compensación al simplemente afirmar que Facebook usó sus nombres e imágenes para atraer una mayor base de usuarios lo que ulteriormente resultó en una ganancia monetaria para Facebook. A diferencia de *Cohen I* o *Cohen II*, los demandantes en *Fraley* han hecho alegaciones específicas respecto a que su aprobación personal vale dos o tres veces más para los publicistas de Facebook en comparación a la publicidad tradicional y

²⁹⁶ Ibid.p. 22

²⁹⁷ Ibid p. 23

²⁹⁸ Ibid p. 23

que Facebook presumiblemente lucra de la explotación de este valor comercial calculable²⁹⁹.

De la comparación del caso Fraley y Cohen la corte determina qué es lo que se debe entender por probar el perjuicio económico y cuál es el umbral de exigencia que determina lo que es y no es perjuicio indemnizable.

En una instancia sumaria o de lato conocimiento, los demandantes simplemente no demandarán \$750 en daños y perjuicios dependiendo de la mera afirmación de que su aprobación comercial tiene valor probable, sino que deberán probar los daños actuales y que su nombre tiene valor comercial como cualquier otro demandante. En esta Instancia, la corte encuentra que sus alegaciones son de probable valor comercial por lo que son suficientes para sobrevivir la solicitud de desestimar y por consiguiente niega la moción del demandado de 12(b)(1) con respecto a la acción del 3344³⁰⁰.

²⁹⁹ Ibid. p. 23

³⁰⁰ Ibid. p. 23

6. CAPÍTULO VI CRÍTICAS E IMPLICANCIAS

El propósito de este apartado es criticar el tratamiento puramente económico del daño al Derecho de publicidad seguido en el caso Fraley e intentar conciliarlo con uno no económico.

Cuando Facebook nuevamente enfrentó una demanda colectiva por infringir el Derecho de publicidad, la corte de Fraley encontró lo que los demandantes en los casos cohen en fallaron en apropiadamente alegar³⁰¹.

Los suscriptores de Facebook alegaron que ellos no tenían conocimiento de que su opción de clicar el botón “me gusta” podría ser interpretado y publicado por Facebook a modo de promociones de publicistas, productos, servicios o marcas. Aunque Facebook incluyó la facultad de apropiarse de las imágenes de sus usuarios para otros propósitos comerciales que los de los términos de uso, el sitio no permitió a los usuarios a optar por una salida de ser protagonistas del nuevo servicio de publicidad.³⁰²

Notablemente, los demandantes en Fraley solo alegaron daño económico como resultado de la infracción por parte de Facebook de su Derecho de publicidad y no alegaron daño no económico como angustia mental o sentimientos heridos³⁰³.

A diferencia de los casos cohen, aquí los demandantes pudieron demostrar una actual y calculable pérdida económica producto del abuso de su Derecho de publicidad, porque el servicio de historias patrocinadas directamente resultó en una ganancia para Facebook, la cual es atribuible a los demandantes³⁰⁴.

El caso Fraley se aleja de los cimientos construidos por el caso Cohen para poder argumentar un daño que contemple ambos enfoques, debido a la falta de argumentación por parte del demandado para mostrar algún tipo de daño que no sea monetario, por ejemplo el causado a la reputación o a la dignidad.

³⁰¹ KOEHLER, JESSE. 2013. “‘Fraley v. Facebook’: The Right of Publicity in Online Social Networks”. [en línea]. Berkeley Technology Law Journal 28: 963–1001. <http://www.jstor.org.uchile.idm.oclc.org/stable/24122042?seq=1#page_scan_tab_contents> [consulta: 25 mayo de 2017]. P. 985

³⁰² Ibid p. 985

³⁰³ Ibid p. 986

³⁰⁴ Ibid p. 986

Al fabricar su fallo, la corte rechaza el argumento de Facebook que alude al requisito por parte de los demandantes de demostrar un valor preexistente en el derecho de publicidad, antes de permitir compensación. Un acercamiento al Derecho de publicidad como éste, podría contrarrestar la legislatura de California en su intento por extender la ley a las personas no celebridades, indicado por mínimo legal de daño.³⁰⁵

Bajo el precedente establecido por el Noveno Circuito, en Abdul-jabbar, la Corte de Distrito de Fraley apropiadamente consignó su fallo preliminar, a favor de los demandantes en relación a la moción para desestimar. La corte reconoció que aunque las acciones de los demandantes podrían ser consideradas bajo el interés periodístico en el contexto de su red social en línea, constituida por sus amigos y familia, el uso comercial de Facebook de aquellas acciones en historias patrocinadas los remueve del ámbito del 3344(d), privilegio de interés periodístico³⁰⁶.

Sin embargo, para alcanzar esta conclusión, la corte en primer lugar rechaza la pretensión del demandante de que sus acciones en la red social en línea no constituyen acciones dignas de interés periodístico y que ellos no podrían ser considerados como otra cosa que personas privadas. En vez, la corte falla que los demandantes son celebridades locales en el contexto de su propia red social, por ende, identificándolos como sujetos de interés público entre la misma audiencia³⁰⁷.

Se nota que la raíz de la ley que surge a propósito de defender la industria del entretenimiento puesto que como indica este razonamiento, se extrapola el esquema de protección del Derecho de publicidad pensado para figuras públicas y celebridades y se le aplica a la escala de una persona privada y su círculo cercano.

Esta discusión sobre el status de celebridad surge debido a que los demandantes no quieren ser clasificados como celebridades, ya que al hacerlo podrían reforzar la defensa de interés periodístico de Facebook, pero al mismo tiempo, los demandantes querían establecer alguna forma de fama local para

³⁰⁵ Ibid P. 986

³⁰⁶ Ibid p. 986

³⁰⁷ Ibid p. 986

argumentar el valor de sus promociones comerciales y el resultante perjuicio causado por su uso indebido.³⁰⁸

Como vimos anteriormente, el status de celebridad o no de una persona no determina la existencia del daño si no que influencia su extensión en su vertiente monetaria, por lo que se podría utilizar otra vía que no sea la económica para probar un daño puesto que ambas formas debiesen estar disponibles.

Intencional o no, el análisis de la corte respecto de la tensión entre privacidad e interés periodístico en el contexto de redes sociales en línea, sugiere extender su influencia, implicancias y problemáticas hacia el Derecho de publicidad³⁰⁹.

El fracaso de los demandantes en alegar un daño no económico en suma al daño económico obliga a la corte de Fraley de separarse de la vista no económica del Derecho de publicidad en cohen I y II, de tal forma que debilita la fuerza del Derecho de publicidad en un contexto en línea. El análisis de Fraley también gatilla una línea de críticas puesto que un acercamiento como tal, es incongruente con el lenguaje legal del 3344 y casos legales previos.³¹⁰

6.1. UN ACERCAMIENTO A UN MARCO ACTUAL DE DERECHO DE PUBLICIDAD.

En cohen I y II, la corte rechaza la acción del art 3344 debido a que los demandantes fracasan en alegar un perjuicio tanto económico como no económico. Sin embargo, los demandantes de Fraley, tienen un argumento más contundente para acreditar la existencia del daño, toda vez que las ganancias provenientes del marketing social de las historias patrocinadas pueden ser atribuidas de manera directa al uso del nombre e imagen de los demandantes³¹¹.

El hecho de que el demandante adopte un enfoque exclusivamente económico, quizás tenga que ver con la dificultad en demostrar los daños no económicos debido a que son más difíciles de cuantificar.³¹²

Al limitarse tanto el demandado como el demandante a un enfoque económico del daño causado, la corte de Fraley no pudo corresponder al

³⁰⁸ Ibid p. 986

³⁰⁹ Ibid p. 986

³¹⁰ Ibid p. 987

³¹¹ Ibid p. 987

³¹² Ibid p. 987

potencial aspecto no económico del Derecho de publicidad y prueba de ello es se centra exclusivamente en el valor de la apropiación indebida para el infractor más que en la devaluación del Derecho de publicidad del individuo. La pretensión del perjuicio de la demandante basada solamente en las ganancias y junto a la inexistencia de otras teorías específicas del perjuicio aparte de las ganancias económicas dejadas de percibir, fuerzan a la corte a adoptar este limitado marco. Así las cosas, en virtud de como el demandante presentó su pretensión, la corte de Fraley omite referirse a una discusión completa del daño y del Derecho de publicidad³¹³.

La corte en Fraley trabaja en su fallo solo con los argumentos de la demandante y demandada. En este sentido como el enfoque propuesto por ellos es netamente económico, la corte se ve forzada a dejar de lado una noción del daño no económica en relación a la angustia mental o en los sentimientos heridos que podría producir la apropiación indebida del derecho de publicidad.

6.1.1. INCLUYENDO EL ENFOQUE NO ECONÓMICO DE DAÑOS.

Algunos estados de los Estados Unidos y doctrinarios del Derecho reconocen el Derecho de publicidad como un daño exclusivamente económico, dejando la angustia mental y la recuperación de la dignidad en un daño de apropiación indebida aparte. Al contrario, la jurisprudencia de California y el lenguaje legal, rechazan un acercamiento bifurcado, permitiendo la consideración de ambos daños tanto económico y no económico³¹⁴.

En California, la jurisprudencia y el modelo civil de instrucciones al jurado permiten de manera objetiva determinar los hechos relevantes para reconocer daños por angustia mental o daño a la dignidad al mostrar prueba de ansiedad, vergüenza, humillación, pena, depresión, sentimientos de impotencia y angustia, sentimientos relacionados a la paz mental de cada uno, así como también el al trastorno de la reputación y estatus en la comunidad.³¹⁵

La jurisprudencia en el estado de California es vinculante por la regla del precedente del derecho anglosajón. Cuál es el modelo civil. Es el que otorga al jurado las herramientas necesarias para determinar lo que es un daño no económico producido a una persona.

³¹³ Ibid p. 987-988

³¹⁴ Ibid p. 988

³¹⁵ Ibid p. 988

Los demandantes en Fraley debieron haber pretendido ambos tipos de daño, económico y no económico. Una acción como tal habría permitido a la corte a seguir el compromiso en el propósito legislativo y precedente judicial legado por la corte de Cohen. Este implica la necesidad de un acercamiento holístico al Derecho de publicidad tanto económico y no económico, en este sentido, al haber permitido a la corte de Fraley adoptar un acercamiento como tal, probablemente hubiese fallado un daño adicional aparte del daño económico.³¹⁶

La corte de cohen rechaza la demanda debido a que no han acreditado un perjuicio de manera satisfactoria. Sin embargo, deja en claro la posibilidad de que la demanda pueda tener ambos enfoques del daño, sólo que les faltaba más precisión en la descripción de como en los hechos se ha dañado un interés – económico y no económico- legalmente protegido. En el caso Fraley de la apropiación indebida realizada por Facebook es posible extraer elementos de ambos tipos.

Los hechos del caso alegan que los usuarios de Facebook de manera habitual clicaban en los me gusta de las páginas de compañías y marcas por razones distintas que para expresar su apoyo por la compañía o marca. Por ejemplo, los usuarios podrían haber clicado en el me gusta de una página porque al hacerlo permitieron el acceso a un código para una oferta especial para un producto nuevo, para acceder a fotografías de un evento, o para poder ser susceptible de ser elegido para un premio promocional³¹⁷.

Por ende, cuando Facebook incorporó los nombres e imágenes de los usuarios en las historias patrocinadas, la compañía transmitió a los usuarios amigos potencialmente mensajes potencialmente confusos, del tipo de boca a boca que podrían entrar en conflicto con la forma en que los usuarios pretenden presentarse en línea. Mensajes como esos podrían haber causado daño no económico a los usuarios en la forma de humillación e alteración de la reputación, al presentarles a sus amigos como proponentes de marcas y compañías que ellos en los hechos no promocionarían³¹⁸.

Incluso, si los usuarios hubiesen restringido la visibilidad de los me gusta en la opción de su perfil, para que se vea a solo ciertos amigos o solo para ellos, la transmisión de esos me gusta a través de las historias patrocinadas

³¹⁶ Ibid p. 988

³¹⁷ Ibid p. 989

³¹⁸ Ibid p. 989

ciertamente podrían haberles causado vergüenza y sentimientos de impotencia, toda vez que seleccionaron opciones de privacidad orientadas a una mayor expectativa de privacidad. La falta de disponibilidad de una opción de para salir del marketing social, se empareja con la falta de transparencia sobre el efecto que tiene darle clic en el botón me gusta, lo que refuerza el apoyo para fallar a favor de un daño no económico.³¹⁹

Los mensajes de marketing social tienen un efecto sobre la reputación de la persona. El hecho de que cliquer el botón me gusta tenga consecuencias escondidas, altera la identidad del usuario tanto en percepción de lo que los demás creen de uno tanto como la reacción que estos tendrán. De la forma que está montado el esquema publicitario dirigido de las historias patrocinadas, se desprende que constantemente estará en conflicto con la privacidad toda vez que los usuarios en ese momento no saben con certeza como manejar su privacidad en relación a este nuevo fenómeno.

La ausencia de este análisis en la opinión junto al enfoque exclusivamente económico de la corte de Fraley, sobre enfatiza la categorización de los demandantes como figuras públicas, y sugiere la aplicación de un enfoque únicamente económico del daño a modo de acercamiento al Derecho de publicidad³²⁰.

La demandante y la corte se quedan con la idea de que las personas privadas son una suerte de celebridad para sus amigos, pero a menor escala. Debido a la historia de la ley la corte para extender la protección que tradicionalmente se le asociaba a las celebridades o figuras públicas, realiza su construcción argumental siempre tomando como parámetro las reglas extraíbles de casos aplicados a la industria del entretenimiento que seguramente posee mas jurisprudencia.

Este tipo de interpretación del 3344 se enfoca de manera incorrecta en la ganancia recibida por la parte que comete la apropiación indebida, debiendo enfocarse en el daño verdaderamente sufrido por la parte dañada. El enfoque económico devalúa el interés de la parte transgredida en su Derecho de publicidad, al limitar su valor a sólo los beneficios monetarios que otros puedan obtener a costa de ella³²¹.

³¹⁹ Ibid p.989

³²⁰ Ibid p.989

³²¹ Ibid p.989

En la actualidad, la apropiación indebida del Derecho de publicidad de un individuo causa más daño en comparación a las ganancias obtenidas por el infractor. Como ya se dijo, la apropiación indebida daña el Derecho de publicidad de un individuo tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo. Limitar el ámbito de compensación a sólo las ganancias del infractor, ignora la devaluación del Derecho de publicidad del individuo. Tal devaluación es resultado de la sobresaturación del mercado de los mensajes de boca a boca del individuo así como también la desacreditación de la utilidad de las sugerencias o aprobación comercial de tal individuo.³²²

A una persona privada el daño no económico es más grande que el económico debido a que se encuentran al otro lado del espectro en relación a las celebridades las cuales seguro recibirá más daño en lo económico toda vez que gran parte de su personalidad ha sido expuesta voluntariamente a la esfera pública. Como el tribunal toma como referencia la protección que la norma da a las celebridades y las aplica a personas que carecen de esa calidad, no se produce el encuentro más adecuado con el derecho de publicidad, Recordar enfoques cualitativos y cuantitativo del daño.

Esta evaluación demuestra el valor de un alcance holístico del daño del Derecho de publicidad, que mezcla el daño económico con el daño a la dignidad producto de la pérdida de control sobre la imagen de uno mismo y la angustia mental en la forma de humillación y vergüenza³²³.

La inclusión en el 3344 de un mínimo legal a indemnizar para daños incalculables, sugiere que la ley debería enfocarse de manera dual en el daño económico y en el daño causado al restringir el control de la propia imagen, el cual es frecuentemente difícil de calcular al estar asociado al sufrimiento mental. Desde que el fallo la corte de Fraley apoya la compensación al daño económico, una futura deferencia de la corte de Fraley podría llevar a pretensiones defectuosas para futuros demandantes, junto con el subsecuente rechazo debido casos como cohen en donde los demandantes no de manera fácil pueden cuantificar el daño económico. Un acercamiento así, se parece a un fallo de pseudo Derecho de publicidad en una etapa temprana, más que un caso de ley reciente de california.³²⁴

³²² Ibid p. 989

³²³ Ibid p. 990

³²⁴ Ibid p. 990

6.2. IMPLICANCIAS DE LA TENSION ENTRE PRIVACIDAD E INTERÉS PERIODÍSTICO.

La forma poco ideal de evaluar los daños y perjuicios por parte de la corte en *Fraley*, sumado a como aborda el conflicto relacionado al interés periodístico y las celebridades, podría ser potencialmente problemático para demandas relacionadas con el Derecho de publicidad, privacidad y difamación³²⁵.

Incluso aunque la corte sostuviera que las historias patrocinadas de Facebook caen fuera de la excepción de interés periodístico del 3344(d) debido a que el uso sobre los nombres e imágenes de los demandantes fue comercial, la corte presenta una exhaustiva interpretación de como el interés periodístico debiese ser entendido en el contexto de una red social en línea³²⁶.

En particular, la corte falló que los demandantes son celebridades locales dentro de su propia red social de Facebook convirtiéndolos en sujetos de interés público entre esa misma audiencia. Aun mas, la corte sugiere una arbitrariedad en incremento en relación a la distinción entre figuras públicas y personas privadas en vista de la dominación de los sitios web de redes sociales en línea, incluyendo youtube y twitter.³²⁷

La teoría de la calidad de celebridades para sus amigos o familia, funciona para un enfoque netamente económico, por lo que un alcance más amplio del derecho de publicidad podría entrar en conflicto con esta interpretación jurisprudencial, sobre todo en demandas que demanden daño producto de la apropiación indebida de índole no patrimonial. Pareciera que se deja habilitado para defenderse con la excepción de interés periodístico en casos donde no se lucre comercialmente, pero si la apropiación cause un daño reputacional que afecte a la persona en sus estabilidad mental y emocional.

Antes de ahondar en las implicancias de la concepción de interés periodístico expuesta en el contexto de las redes sociales en línea, debe hacerse notar la especial atención que la corte le otorga a determinar que status les corresponde a los demandantes. La tarea de establecer si son figuras públicas o personas privadas surge a partir del contra argumento contradictorio del demandante, toda vez que ellos responden a los demandados que podrían

³²⁵ Ibid p. 992

³²⁶ Ibid p. 992

³²⁷ Ibid p. 992

ser celebridades para los propósitos de mostrar perjuicio, pero carecerían de tal status en los términos de una discusión de interés periodístico³²⁸.

Sin embargo, los demandantes no necesitaron probar su status de celebridad para con sus amigos de Facebook para poder ser compensados económicamente. De hecho, el status de celebridad no agregó nada a la discusión sobre el perjuicio porque el valor de los patrocinios comerciales en la publicidad depende de la habilidad del patrocinador de influenciar a potenciales compradores a adquirir un bien o servicio. La publicidad del boca a boca no descansa sobre la fama o notoriedad del patrocinador sino que en la habilidad del individuo de afectar las decisiones de compra de los miembros de su red social³²⁹.

Tanto la corte como los demandantes enfrascaron al perjuicio a una devaluación del Derecho de publicidad del demandante. A través del excesivo y mal uso por parte de Facebook de las identidades de los demandantes, se ha alterado el control que tienen éstos últimos sobre su identidad. La corte pudo haber evadido esta contradicción entre celebridad y no celebridad y quizás hubiese tenido menos problemas con la excepción de interés periodístico, reconociendo en los demandantes su calidad de personas privadas y no de figuras públicas.³³⁰

6.2.1. IMPLICANCIAS DEL INTERÉS PERIODÍSTICO PARA EL DERECHO DE PUBLICIDAD Y PARA LOS DAÑOS POR PRIVACIDAD Y DIFAMACIÓN.

Bajo la interpretación del interés periodístico de la corte de Fraley, la apropiación indebida del Derecho de publicidad de un individuo en el contexto de una red social, casi siempre será de interés público porque las acciones del usuario serán referidas hacia una audiencia acotada que ha optado por ser su amigo. Por ende, los amigos del usuario encuentran que todas las acciones del usuario son de su interés, o de otra forma no tendría sentido unirse a la red social de esa persona³³¹.

Pretender otorgar a las personas privadas el mismo tratamiento que a las celebridades pero con una exigencia menor, genera conflictos de compatibilidad en las redes sociales respecto a que discursos o información expuestas dentro

³²⁸ Ibid p. 992

³²⁹ Ibid p. 992

³³⁰ Ibid p. 992

³³¹ Ibid p. 993

de esta esfera cuasi publica, caen bajo el alero del interés periodístico al ser información relevante para todos sus amigos.

Esta perspectiva del interés periodístico exagera la relación entre el usuario de Facebook y sus amigos o, en general, cualquier relación entre un usuario de una red social en línea y con la gente con quien conecta. Un usuario podría tener varias razones para conectar con otra persona, por ejemplo el sentimiento de incomodidad o molestia para el usuario que significa rechazar una solicitud de conectar con otra persona, en un contexto tal, que ese usuario que es su supuesto amigo está rodeado de parientes, colegas, vecinos, ex compañeros de clase o trabajo, y varios conocidos en general³³².

Así las cosas, algunos de estos usuarios amigos no estarán interesados en las acciones todos sus amigos registrados si no que probablemente estará más interesado en las acciones en línea de sus amigos más cercanos. Como resultado de este desinterés generalizado, al menos una porción de los amigos del usuario probablemente considerarán que sus acciones en general- en el contexto de una red social – no son de interés periodístico, al contrario de lo que la corte de Fraley anticipó.³³³

Al etiquetar de interés periodístico a las acciones públicas del usuario dentro de la red social se desplaza a la apropiación de su Derecho de publicidad a dentro de aquellas acciones que caen completamente dentro de la excepción del 3344(d). Una clasificación tan exageradamente amplia como esa desplaza la carga de prueba en el demandante a probar que el uso del demandado cae fuera de la excepción³³⁴.

Enfocarse en extrapolar la protección pensada para la industria del entretenimiento a la situación de las personas privadas en una red social en línea, trae dificultades debido a que éste enfoque obliga a considerar que las acciones realizadas por un usuario en la red social son de interés público, sin tomar en cuenta propósito para el cual será utilizada esta información que podría ser comercial o publicitario y no exclusivamente para informar al público.

De primera, se podría pensar que de la apropiación indebida ocurrida dentro de un contexto de marketing social, se revela un propósito mayoritariamente publicitario el cual simplifica la problemática del caso Fraley

³³² Ibid p. 993

³³³ Ibid p. 993

³³⁴ Ibid p. 993

relacionada a la presunción de interés periodístico. Sin embargo, esto no es así ya que de igual forma la presunción podría resultar ser dañina cuando el uso por parte de un demandando falte de un enfoque publicitario discernible a primera vista³³⁵.

Este potencial daño resulta de la forzada presunción de interés público respecto de los actos del demandante, en un contexto de red social en línea. Este daño, podría mermar aún más las posibilidades de los demandantes, al permitir al demandado interponer una excepción bajo el 3344(d). En una discusión sobre ésta excepción, la carga cae en cuestionar si es que el demandando se apropió con propósitos mayoritariamente publicitarios de los nombres e imágenes del usuario.³³⁶

La corte ha interpretado la excepción de interés periodístico a partir del régimen legal aplicado a las celebridades o figuras públicas homologándolo a las acciones públicas de los usuarios en redes sociales. Debido a que el espíritu de este enfoque es netamente monetario, genera conflictos al aplicarlo a un régimen que considera ambos aspectos del Derecho de publicidad de la persona. En particular, ésta interpretación extiende de manera poco razonable la protección del interés periodístico generando una dificultad más para el demandante que desde ya tiene problemas para mostrar un daño de ambas vertientes.

Así, aplicar como regla general el estándar de interés periodístico tomado por la corte en *Fraley*, disminuye a la expectativa de privacidad del usuario porque sienta una carga adicional en el usuario demandante respecto de la discusión de la demanda. Bajo la interpretación de *Fraley*, todos los usuarios de las redes sociales serían considerados figuras públicas respecto de sus amigos de la red social, debido a la voluntad de los usuarios a conectar con otros y de registrar más contenido sobre ellos mismos dentro de la esfera cuasi-pública de su red social³³⁷.

Debido a la categoría de figuras públicas – a menor escala – usada por la corte en relación a los usuarios de las redes sociales y respecto a las acciones pertenecientes a la esfera cuasi-pública, las cortes pierden la posibilidad de aplicar un estándar más flexible que se corresponda con una expectativa de privacidad mayor para las personas privadas.

³³⁵ Ibid p. 993

³³⁶ Ibid p. 993

³³⁷ Ibid p. 994

Desprenderse de la categoría de celebridad y considerar al demandante como una persona privada, desplazaría a la excepción de interés periodístico a su lugar correspondiente permitiendo a las futuras cortes y demandantes - qué desde ya tienen problemas en argumentar un valor comercial en su imagen, así como un daño emocional - el espacio suficiente como para articular un daño inclusivo y no una argumentación tendiente a desechar desde ya el interés periodístico.

Aún más, los usuarios de las redes sociales en línea debiesen merecer un escrutinio menor en comparación a los estándares impuestos a otros discursos en línea o impresos. Esto es así, ya que las capacidades de los usuarios para compartir y re distribuir un mensaje con información como tal, disipan cualquier noción del discurso en el contexto de las redes sociales en línea.³³⁸

Finalmente, el fallo de la corte de Fraley al favorecer la acción de los demandantes en su Derecho de publicidad, pavimenta el camino para casos similares de abuso en marketing social. Si las futuras cortes o demandantes siguen el enfoque del daño económico aplicado por la corte de Fraley, potenciales vulneraciones al Derecho de publicidad de los usuarios podrían terminar impunes por fallar en alegar un daño aparte de la ganancia económica calculable por el proveedor de la red social³³⁹.

Por ejemplo, los demandantes en Fraley podrían haber complementado su pretensión con un enfoque no económico si Facebook no hubiere cobrado a los publicistas en historias patrocinadas. Sin embargo, los demandantes aún podrían haber sufrido daño económico y no económico como discutido anteriormente incluso en la ausencia de ganancias directas por parte de Facebook producto de los mensajes.³⁴⁰

Si por el contrario, futuros demandantes y cortes toman un acercamiento holístico enfocado en el daño sufrido por los demandantes más que en las ganancias percibidas por el infractor, los primeros serían más propensos a obtener compensación³⁴¹.

³³⁸ Ibid p. 995

³³⁹ Ibid p. 996

³⁴⁰ Ibid p. 996

³⁴¹ Ibid p. 996

Así. los demandantes en Cohen I y II podrían haber evitado fracasar en su acción del 3344 si hubieran adoptado este acercamiento. En este sentido, los demandantes tendrían la opción de alegar perjuicio a través de la devaluación cuantitativa y cualitativa de su Derecho de publicidad, como resultado del uso reiterado por parte de Facebook para promocionar su servicio de búsqueda de amigos, incluso si los demandantes no hubieran probado un daño monetario calculable. Una sentencia sobre daños como esta aunque inconmensurable, ejemplifica la lógica de la legislación de California por incluir un mínimo legal a indemnizar por daños en el 3344.³⁴²

³⁴² Ibid p. 996

CONCLUSIÓN.

De las cuatro categorías que esquematizan el daño a la privacidad, uno de los más flagrantes y comunes medios de invasión a la privacidad, es la explotación de la personalidad de otro para propósitos comerciales. La apropiación para ventaja del demandado, del nombre o imagen del demandante es el antecedente de la génesis de la codificación legal del Derecho de publicidad de California.

La ley de Derecho de publicidad del Estado de California, busca proteger la reputación de la persona a través de otorgar la facultad de decidir con que productos o servicios ser asociado a su nombre e imagen y a cómo su público relevante le percibe.

La apropiación indebida del nombre o imagen de una persona, niega el Derecho a definir su identidad, por lo que producto de esta infracción se produce un daño que la doctrina tradicionalmente describe estar compuesto por dos facetas; una económica y otra no económica. La doctrina, la jurisprudencia de California y lenguaje de la ley, rechazan un acercamiento bifurcado, permitiendo la consideración de ambos daños dentro de un solo Derecho de publicidad.

Debido a la necesidad de proteger la industria del entretenimiento de California, se codifica en el Derecho legal de publicidad, lo que implica que en general el esquema de protección está orientado a defender a celebridades, las cuales tienen un reconocido valor comercial en el mercado en general. Para ampliar el espectro de protección anterior, y aplicarlo al resto de las personas que no posean la categoría anterior, la ley estipuló un mínimo legal a compensar por los daños.

En virtud del mínimo legal de daños y perjuicios estipulados se reconoce la protección del artículo 3344(a) para personas privadas o desconocidas y la posibilidad de obtener también una compensación debido a daños causados en la reputación derivados en angustia mental o estrés emocional. El mínimo de \$750 USD fue estipulado a modo de opción para los casos en que no sea posible cuantificar el monto de los daños sufridos o el cálculo resulte ser inferior. Esto no significa que el requisito de probar el daño quede eliminado, esto es sólo para términos de cuantificar el perjuicio causado.

Debido a que el Derecho de publicidad previene la apropiación comercial indebida del nombre e imagen de una persona, establece un marco legal que limita el espectro de lo que un locutor puede decir. Para reforzar la importancia de la libertad de expresión y del interés periodístico en la aplicación de la ley de Derecho de publicidad de California, se codificó la excepción legal del interés periodístico.

La Libertad de expresión es el principal foco de conflicto del Derecho de Publicidad. El interés periodístico en las acciones de una persona y la libertad de la prensa para comentar, es frecuentemente el punto de partida del conflicto con el Derecho de publicidad del individuo.

La convivencia entre las esferas pública y privada se regula a través de la ponderación entre el interés periodístico y el Derecho de publicidad de la persona implicada como blanco de tal discurso. Debido a las distintas expectativas de privacidad que tienen las personas en general, éste examen se aplica tomando en cuenta la condición de personas públicas o privadas.

En el polo de más baja expectativa de privacidad se encuentran las celebridades, figuras públicas, etc. Aquí se exigirá un estándar más exigente para probar una intrusión a la privacidad. De manera inversa, las personas privadas gozaran de un estándar más flexible en reciprocidad con una alta expectativa de privacidad.

En el contexto de las redes sociales en línea e internet, los mensajes de publicidad que avanzan en boca de todos son denominados marketing social. Debido al foro de acceso público dispuesto a recibir las opiniones de los consumidores que se crea, se amplifica el efecto de la publicidad del boca a boca, haciendo surgir al marketing social.

Un abusivo uso del Marketing social en redes sociales en línea, daña la privacidad de los usuarios y a su Derecho de publicidad al mitigar la influencia fuerza de los futuros apoyos comerciales y devaluando monetariamente su nombre e imagen.

Por ejemplo, un suscriptor intentando alegar invasión de privacidad o difamación en un contexto de redes sociales en línea sería potencialmente sujeto a un

estándar más exigente y por ende perdida de protección debido a este status de figura pública consagrado de Fraley³⁴³.

Como resultado de esta facilidad de hacer marketing social en línea, los publicistas junto con los proveedores de redes sociales ahora pueden capitalizarlo, tal como en el caso de las historias patrocinadas de Facebook y la enorme audiencia que fue víctima de esta publicidad dirigida. Así las cosas, el recientemente reconocido valor de la publicidad del boca a boca a través del marketing social en redes sociales en línea otorga valor a la promoción comercial privada de un individuo, representada por la facultad para decidir con que productos o servicios ser asociado en relación a su público.

Particularmente los medios de comunicación social representados por la capitalización del marketing social, permiten que virtualmente cualquiera pueda ser un potencial infractor. Los usuarios se identifican a si mismos en línea con avatares e iconos, los cuales quizás involucren la imagen de personas famosas. En un ambiente competitivo de negocios donde los recursos (clientes) son cada vez mas escasos, es difícil que las compañías de este rubro no se aprovechen de lo fácil que es usar la imagen de estas personas³⁴⁴

En el caso Fraley, los demandantes pudieron demostrar una actual y calculable pérdida económica producto del abuso de su Derecho de publicidad, porque el servicio de historias patrocinadas directamente resultó en una ganancia para Facebook. Incluso, la promoción de productos, servicios y marcas a los amigos registrados de Facebook, tiene un valor en la economía en general, demostrado por el beneficio adicional obtenido y proveniente del marketing social en forma de historias patrocinadas, las cuales son atribuidas de manera directa al uso del nombre e imagen de los demandantes.

³⁴³ Ibid p. 1000

³⁴⁴ WASSOM, BRIAN. 2013. "Uncertainty Squared: The Right of Publicity in Social Media". [en línea]. Syracuse Law Review Vol. 63. 228-251. <<http://www.lawreview.syr.edu/wp-content/uploads/2013/04/k-wassom.pdf>> [consulta: 14 de septiembre 2017]. P. 244-245

La decisión de la corte de Fraley en favor de los demandantes en su acción del 3344 representa un paso hacia definir cómo el Derecho de publicidad se desenvolverá en el contexto de las redes sociales en línea. Sin perjuicio de que la corte llegó a un resultado apropiado y a favor de los usuarios, el alcance exclusivamente económico de la corte ejemplifica las debilidades de la actual ley de Derecho a la publicidad, especialmente a la luz de las prácticas de marketing social y al interés por el control autónomo de la identidad³⁴⁵.

Al limitarse tanto el demandado como el demandante a un enfoque económico del daño causado, la corte de Fraley no pudo corresponder a ambos aspectos del daño al Derecho de publicidad y prueba de ello es se centra exclusivamente en el valor de la apropiación indebida para el infractor más que en la devaluación del Derecho de publicidad del individuo. La pretensión del perjuicio de la demandante basada solamente en las ganancias y junto a la inexistencia de otras teorías específicas del perjuicio aparte de las ganancias económicas dejadas de percibir, fuerzan a la corte a adoptar este limitado marco.

La ausencia de este análisis en la opinión junto al enfoque exclusivamente económico de la corte de Fraley, sobre enfatiza la categorización de los demandantes como figuras públicas, y sugiere la aplicación de un enfoque únicamente económico del daño a modo de acercamiento al Derecho de publicidad.

No obstante, el status de celebridad no agregó nada a la discusión sobre el perjuicio porque el valor de los patrocinios comerciales en la publicidad depende de la habilidad del patrocinador de influenciar a potenciales compradores a adquirir un bien o servicio. La publicidad del boca a boca no descansa sobre la fama o notoriedad del patrocinador sino que en la habilidad del individuo de afectar las decisiones de compra de los miembros de su red social.

Para el demandante y la corte de Fraley, los usuarios de las redes sociales son en esencia una celebridad local para sus amigos. Por ende, sufren el mismo daño

³⁴⁵ KOEHLER, JESSE. 2013. "Fraley v. Facebook': The Right of Publicity in Online Social Networks". [en línea]. Berkeley Technology Law Journal 28: 963–1001. <http://www.jstor.org.uchile.idm.oclc.org/stable/24122042?seq=1#page_scan_tab_contents> [consulta: 25 mayo de 2017]. p. 1000

económico cuando su imagen es indebidamente apropiada para el provecho comercial de otro y sin mediar remuneración.

El enfoque económico devalúa el interés de la parte transgredida en su Derecho de publicidad, al limitar su valor a sólo los beneficios monetarios que otros puedan obtener a costa de ella. Limitar el ámbito de compensación a sólo las ganancias del infractor, ignora la devaluación del Derecho de publicidad del individuo.

Un alcance holístico se enfoca en el perjuicio causado a los demandantes, cuantitativamente y cualitativamente e incorporando un daño no económico. Cambiar el enfoque exclusivo en las ganancias obtenidas por la parte que se ha apropiado de manera indebida, conceptualizaría de manera más apropiada el perjuicio proveniente de una infracción al Derecho de publicidad. Un alcance como tal, podría incrementar de manera apropiada la capacidad de los usuarios de las redes sociales de ser compensados cuando un proveedor viole su Derecho de publicidad, sin importar si la parte que se apropió indebidamente obtuvo beneficios provenientes del uso.³⁴⁶

Los demandantes en *Fraley* debieron haber pretendido ambos tipos de daño, económico y no económico.

Desde que el fallo la corte de *Fraley* apoya la compensación al daño económico, esto podría llevar a afectar a futuras demandas y fallos llegando a soluciones no ideales. Por ejemplo, la corte introdujo una problemática en la enmarcación del interés periodístico a través de la cual futuras cortes podría juzgar las acciones interpuestas por los demandantes en situaciones inherentemente similares al interés periodístico en el contexto de los amigos del demandante en virtud del status de figura pública entre sus amigos³⁴⁷.

Aun mas, un demandante alegando infracción a su Derecho de publicidad, podría no ser susceptible de poder mostrar que sus acciones en línea no constituyen materia sujeta a interés público, de tal forma que el demandante ya no pueda apoyarse

³⁴⁶ Ibid p. 1000

³⁴⁷ Ibid p. 1000

en su estado de persona privada a modo de argumento en contra la excepción del 3344(d).³⁴⁸

En conclusión, intentar preceder como el derecho de publicidad evolucionará con respecto a dibujar la línea que sienta los límites entre que uso será castigado y cual no, es extremadamente difícil. Algo por cierto sabemos y es que el Derecho de publicidad seguirá desarrollándose de manera inevitable tal y como lo hacen las nuevas tecnologías.

³⁴⁸ Ibid p. 1000

BIBLIOGRAFÍA

GREY, FRANCESCA. 2014. "To Like Or Not to Like: Fraley V. Facebook's Impact On California's Right Of Publicity Statute In the Age of Internet". [En línea] Loyola Los Angeles Law Review. < digitalcommons.lmu.edu/llr/vol47/iss3/7/ "> [consulta: 14 de septiembre 2017].

KOEHLER, JESSE. 2013. "Fraley v. Facebook': The Right of Publicity in Online Social Networks". [en línea]. Berkeley Technology Law Journal 28: 963–1001. <http://www.jstor.org/uchile.idm.oclc.org/stable/24122042?seq=1#page_scan_tab_contents> [consulta: 25 mayo de 2017].

2011, "Fraley v. Facebook, Inc. | Cases | California | Westlaw", [en línea] <<https://1-next-westlaw-com.uchile.idm.oclc.org/Document/I19ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv3%2Fsearch%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad62aef0000015c4221c980d8df64f7%3FNav%3DCASE%26fragmentIdentifier%3DI19ec428e2a3611e1bd928e1973ff4e60%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=fa5720539cb16abb8fb01f0b5c92f99d&list=ALL&rank=1&sessionScopelId=be1a2a8f054c5f0a5040eb5142e1ddf800a6e6d297c03e7c85cc6745a13eb225&originationContext=Smart%20Answer&transitionType=SearchItem&contextData=%28sc.Search%29>> [consulta: 25 de mayo de 2017].

STEIGER, DARYL. 2016. "Everyone's a Celebrity: The role of the Right of Publicity in a World Increansinly Dominated by Social Media". [en línea]. A Publication of the New York Intellectual Property Law Association1922. <<https://www.Nyipla.org/images/nyipla/documents/report/octobernovember2016thereport.pdf> > [consulta: 14 de septiembre 2017].

WASSOM, BRIAN. 2013. "Uncertainty Squared: The Right of Publicity in Social Media". [en línea]. Syracuse Law Review Vol. 63. 228-251. < <http://www.lawreview.syr.edu/wp-content/uploads/2013/04/k-wassom.pdf> > [consulta: 14 de septiembre 2017].