

LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET

La necesidad de generar un esquema de incentivos adecuado

Por Federico S. Carestia

Resumen

Se examinará el estado actual del debate en torno a la responsabilidad de los buscadores de Internet. Dada la ausencia de regulación específica, se recurrirá a lineamientos generales de la responsabilidad civil y su aplicación armónica con las garantías constitucionales involucradas, tratando al ordenamiento jurídico de manera integral, evitando recurrir a compartimientos estancos tradicionales. Dentro de este marco, se tratarán las distintas teorías que se han esbozado en el derecho argentino, la jurisprudencia nacional y foránea, con el fin de comprender las opciones que tenía a su disposición la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de decidir en el caso “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. y otros s/daños y perjuicios”. En cuanto a los conflictos posibles de suscitarse en la materia que serán tratados, el artículo se centrará en lo que refiere a la posible afectación a derechos personalísimos, como ser el honor o la intimidad.

I. Introducción. El reciente fallo de la CSJN en “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”

El objeto de este trabajo reside en examinar el estado actual del debate en torno a la responsabilidad de los buscadores de Internet. La falta de una regulación específica en nuestro derecho positivo nos obliga a recurrir a los lineamientos generales de la responsabilidad civil, que deben aplicarse de modo armónico con las garantías constitucionales involucradas.

El análisis de esta cuestión, que ha dado mucho que hablar en los últimos años en la Argentina a raíz de pronunciamientos locales heterogéneos, tiene una importancia radical toda vez que hace algunos meses la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido sobre este asunto delimitando (ante la omisión legislativa) los parámetros aplicables para deslindar posibles responsabilidades de los intermediarios.

En efecto, nuestro máximo tribunal, luego de tomar audiencias públicas el mes de mayo, en lo que constituye un primer precedente sobre la materia, ha fallado en el pleito “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. y otros s/daños y perjuicios”¹, decidido previamente por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil², en el que la actora (una modelo profesional) había demandado a Google y Yahoo por los daños y perjuicios que le habría ocasionado la aparición, a través de los motores de búsqueda, de su nombre e imagen en sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico.

Luego de resaltar el valor social de Internet y sus operadores, reseñaré las distintas teorías que se han esbozado en el derecho argentino sobre la responsabilidad de los buscadores – haciendo una breve mención a la jurisprudencia nacional y foránea– a fin de poner sobre la mesa las opciones que tenía a su disposición la Corte Federal para resolver este enjundioso tema. En el transcurso de esta tarea, y analizando la decisión de nuestro máximo tribunal, ofreceré diversos argumentos –espero convincentes– para explicar la solución que considero que mejor conjuga los intereses de las partes implicadas en estos asuntos como así también de la sociedad en su conjunto.

La múltiple colisión de derechos que se plantea en estos supuestos amerita un análisis integral del ordenamiento jurídico, que omita recurrir a compartimientos estancos de la responsabilidad civil tradicional y/o posturas rígidas que generen incentivos inadecuados para los actores del sistema. Por supuesto que no pretendo agotar en esta instancia todos los conflictos pasibles de suscitarse en esta materia (que pueden incluir cuestiones de lo más

¹ CSJN, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otros s/daños y perjuicios”, 2014.

² CNCiv., Sala A, “R., M. B. c. Google Inc. y otros/ daños y perjuicios”, 13/05/2013, *LL*, 2013-C, 639, *JA* 2013-III, 493, *RCyS* 2013-X, 147, *RCyS* 2013-XI, 78.

variadas; por ejemplo, temas de propiedad intelectual, uso no autorizado de la imagen, protección de datos personales, etcétera), sino limitarme a postular ciertos lineamientos generales. Me referiré específicamente a la posible afectación a derechos personalísimos como el honor o la intimidad, que han sido los temas más recurrentes en el derecho argentino y sobre los cuales –entre otras cuestiones– ha fallado la Corte Federal.

II. El valor social de Internet y la función de los buscadores

Antes de proceder a un estudio estrictamente jurídico, me parece importante resaltar el valor que tiene Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna. La naturalización del uso del ciberespacio para comunicarnos y/o acceder a cualquier tipo de información alcanza un grado tal que es difícil recordar cómo era el mundo antes de que estas herramientas llegaran a nuestras vidas. Ni que hablar de las nuevas generaciones a las que les debe resultar totalmente impensado desarrollarse plenamente sin poder utilizar constantemente la *web*.

Internet modificó, para bien o para mal, el paradigma de la expresión humana, creando un espacio descentralizado que ningún operador o Estado domina por completo³. Este arquetipo, que trasciende todo tipo de fronteras, es un instrumento vital para favorecer la comunicación, procesar la información y socializar el conocimiento humano. La red permite la difusión de intereses particulares de los usuarios (personales, laborales y/o intelectuales) como así también una multiplicación de las voces que participan del debate público. En este sentido, la Corte ha remarcado que el carácter transformador de la *web*, de naturaleza multidireccional, alcance global a un relativo bajo costo y principios de diseño abierto, posee un potencial inédito tanto en una dimensión individual como colectiva⁴.

El acceso a esta fuente inagotable de contenidos, que se desenvuelve en un marco de absoluta libertad, constituye un eslabón esencial del mundo moderno. Ahora bien, este escenario virtual democrático, interactivo y participativo, en el que todos pueden compartir sus ideas, saberes, opiniones y experiencias, pareciera no ser del todo efectivo sin la existencia de motores de búsqueda. El exceso de información, que crece segundo a segundo vertiginosamente, genera la necesidad de organizar los contenidos. Si bien uno puede conocer *webs* particulares o *blogs* personales a los que accede de modo directo, la gran mayoría de las interacciones en la red se realiza a través de intermediarios.

³ Eduardo, Molina Quiroga, “Responsabilidad de los buscadores de internet”, *JA* (2012-IV).

⁴ Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, 1º de junio de 2011; Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de Expresión e Internet”, 31 de diciembre de 2013; citadas por la CSJN en su considerando 11 del fallo “Rodríguez”.

En efecto, los buscadores permiten a los usuarios localizar, de modo más o menos efectivo, la información relevante dentro de un caudal prácticamente incontrolable. El procedimiento es sumamente sencillo: se ingresa una o varias palabras clave y el intermediario, a través de un sistema informático que rastrea información en la *web*, facilita el acceso a los sitios de terceros que contengan el término sugerido o difundan imágenes relacionadas con aquél⁵. Los resultados ofrecidos en forma de hipervínculos o *links*, son seleccionados y ordenados en forma automática por un algoritmo que opera de acuerdo a criterios y estrategias clasificatorias definidas por los seres humanos que lo diseñaron.

Una vez que aparecen las coincidencias aproximadas a la intención del solicitante, se muestran pequeños fragmentos o extractos que contienen una breve descripción orientativa con el término de búsqueda requerido. Si el usuario desea obtener más información, puede ingresar en el localizador uniforme de recursos (URL) que más le plazca. En definitiva, los buscadores, en principio, no proveen el contenido de los sitios que muestran en sus resultados (que pertenecen a terceros) ni tampoco lo modifican⁶, por lo que operan como meros intermediarios.

El valor que tiene para la comunidad este tipo de motores de búsqueda es inconmensurable. Más allá del indiscutible ánimo de lucro que posean estas empresas (que ha llevado, por ejemplo, a la creación de enlaces patrocinados), lo cierto es que constituyen un vehículo de difusión masiva de contenidos. Se erigen en nexos necesarios entre proveedores de información y consumidores, rol que se intercambia constantemente en la actualidad. La posibilidad de acceder a información sin barreras (con el consiguiente desarrollo personal, social, cultural, científico, económico y político), de comunicarse de modo irrestricto y de propagar ideas que coadyuven a la formación del discurso público resultan cuestiones trascendentales a tener en cuenta a la hora de resolver la posible atribución de responsabilidad de los buscadores.

III. La múltiple colisión de derechos

La colisión de derechos resultante de la actividad de los buscadores de Internet puede ser de distinta índole ya que el universo de contenidos de las páginas *web* de terceros a las que nos remiten es sumamente diverso. Tal como señalé en la introducción, me referiré únicamente a algunas aristas relacionadas con la afectación a derechos personales como el

⁵ Santiago L. Gini, "Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión", *La Ley, Sup. Act.*, 23/10/2008, 1.

⁶ Lisandro Frene, "Responsabilidad de los "buscadores" de Internet", *La Ley F* (2009): 1219 (2009-F-1219).

honor o la intimidad. Esto significa que no me abocaré, por ejemplo, a la problemática derivada del uso no autorizado de una imagen conforme lo dispone el artículo 31 de la ley 11.723⁷.

En el marco que pretendo examinar, entonces, se presenta una tensión entre los derechos de los proveedores de contenidos en Internet, los motores de búsqueda que facilitan su acceso, la población que desea consumirlos, y las personas que se consideran perturbadas con su difusión. Las primeras tres categorías –que, según el caso, importan una dimensión individual o social– pueden considerarse englobadas en la protección al derecho a la libertad de expresión o acceso a la información, mientras que la última, en lo que aquí interesa, a la afectación al derecho al honor y/o la intimidad.

La ley N° 26.032⁸ dispone que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se encuentra comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. A su vez, el Decreto 1279⁹ de 1997 establece que el servicio de Internet se halla alcanzado por la referida tutela, correspondiéndole las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social. En el mismo sentido se han expedido, también, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰.

Por otra parte, el derecho a la libertad de expresión surge de los arts. 1, 14, 19, 32 y 33 de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (incorporados a la Carta Magna en 1994 por el art. 75, inciso 22) tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), la Declaración Universal de los Derechos Humanos

⁷ Más allá del análisis que pudiera realizarse de la procedencia del reclamo en virtud de la referida normativa, también surgen otros interrogantes: si los buscadores asumen un rol activo en el caso de las imágenes en miniatura denominadas *thumbnails*, si en esos supuestos resulta aplicable la doctrina del “*fair use*” del art. 10 de la Convención de Berna, entre tantos otros. La Corte Federal resolvió por mayoría (con disidencia de los Dres. Lorenzetti y Maqueda) eximir de responsabilidad a los buscadores en este asunto.

⁸ Ley 26.032. Ley de Servicio de Internet. B.O. 16/06/2005. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/107145/norma.htm> (consultado por última vez el 22/10/2014).

⁹ Decreto 1279. Decreto que esta declara comprendido en la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión al servicio de Internet. B.O. 01/12/1997. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/47583/norma.htm> (consultado por última vez el 22/10/2014).

¹⁰ Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, 1º de junio de 2011; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”, 29 de junio de 2012; Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de Expresión e Internet”, 31 de diciembre de 2013; todas citadas por la CSJN en su considerando 10 del fallo “Rodríguez”.

(art. 19), entre otros.

En definitiva, la información transmitida por terceros, difundida masivamente por los intermediarios y recibida por la población¹¹, es una expresión merecedora de tutela constitucional. Claro está, que tal garantía –primordial en todas las sociedades democráticas¹²– no es absoluta y encuentra restricciones cuando se atenta contra derechos fundamentales como el honor o la intimidad. O sea, que el lugar eminente que ocupa no lo es en detrimento de la necesaria armonía que debe preservarse con los restantes derechos constitucionales.

El artículo 11 la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su propia dignidad, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, teniendo derecho a la protección de la ley contra esas injerencias, o esos ataques". En la misma línea de razonamiento, también pueden invocarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (sección V), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1 y 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10), el Código Civil Argentino (artículo 1071 bis) y la Constitución Nacional (artículos 19 y 33); entre otros instrumentos.

A través de Internet pueden publicarse contenidos que resulten injuriantes, calumniosos y/o que ventilen o reproduzcan información íntima de una persona. En la medida que se acredite una afectación al honor o la intimidad, susceptible de una acción de daños y perjuicios, no cabe duda de que –previo análisis de un juez competente– quienes subieron esa información a la red serán responsables de los perjuicios ocasionados.

El interrogante a develar es si se puede extender y, en su caso en qué medida, la responsabilidad a quienes operan como intermediarios. El acceso universal de contenidos que facilitan los buscadores tiene su contrapartida en la posible masificación de información que afecte derechos personalísimos. Para decirlo en otras palabras, por la misma vía que se

¹¹ La libertad de expresión atañe tanto al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento como al derecho social a la información de los ciudadanos que viven en un Estado democrático (CSJN, "Ponzetti de Balbin, Indalia c/Editorial Atlántida S.A. s/daños y perjuicios", 1984, *fallos* 306:1892; CSJN, "Costa, Héctor Rubén c/M. C. B. A. y otros", 1987, *fallos* 310:508; CSJN, "Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI s/amparo ley 16.986", 2012, *fallos* 335:2393).

¹² CSJN, "Abal, Edelmiro y otros c. Diario La Prensa", 1960, *fallos* 248:291; CSJN, "Servini de Cubría, María Romilda s/amparo", 1992, *fallos* 315:1943; CSJN, "Locche, Nicolino c. Míguez, Daniel A. y otros", 1998, *fallos* 321:2250; CSJN "Brugo, Jorge Ángel c. Lanata Jorge y otros", 2009, *fallos* 332:2559.

canaliza de modo revolucionario la libertad de expresión, se pueden repotenciar sustancialmente daños a terceros. En este marco, pues, corresponde analizar las consecuencias que importaría adoptar uno u otro régimen de atribución de responsabilidad.

IV. La atribución de responsabilidad

IV.1. Breve recorrido por el derecho extranjero

Dada la ausencia de una regulación específica en el derecho argentino respecto de los parámetros para determinar la responsabilidad por daños y perjuicios de los buscadores de Internet, resulta pertinente hacer una breve reseña de lo que ocurre en algunos de los países que cuentan con una legislación en la materia. Tal como se verá, la tendencia en el derecho foráneo conduce a establecer un factor de atribución subjetivo que se configura cuando los intermediarios, pese a tener un conocimiento efectivo de la nocividad de un contenido, deciden no bloquearlo de su lista de resultados.

En los Estados Unidos, tanto la “Communications Decency Act” (1996)¹³ como la “Digital Millenium Copyright” (1998)¹⁴ resultan aplicables a los proveedores de servicios de Internet (o ISP, *Internet Service Provider*). La primera de las normativas establece como regla general en su Sección 230 que, cuando la información fue publicada por terceros, los intermediarios no serán responsables ya que no pueden ser considerados autores y/o editores¹⁵. Esta irresponsabilidad se ha visto reflejada en diversos precedentes de la justicia norteamericana¹⁶. La segunda ley, que regula específicamente las violaciones a la propiedad intelectual, dispone que los buscadores no serán responsables si no intervinieron en la creación de datos y/o no tuvieron conocimiento de que su difusión infringía la propiedad intelectual. A su vez, implementa un procedimiento denominado “*notice and takedown*”, que consiste en la

¹³ US Congress, Communications Decency Act (1996). Disponible en: <http://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.txt> (consultado por última vez el 22/10/2014).

¹⁴ Us Congress. Digital Millenium Copyright (1998). Disponible en: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (consultado por última vez el 22/10/2014).

¹⁵ Stephan Ott, “Responsabilidad de los buscadores en Alemania y Estados Unidos”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), 341/342.

¹⁶ Véase Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Cuarto Distrito, “Zeran vs. AOL”, 129 F. 3d 327 (1997); Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Texas, “Doe vs. Bates and Yahoo! Inc.”, 35 Media L. Rep 1435 (2006); Corte Suprema del Estado de California, “Barret v. Rosenthal”, 40 Cal. 4th 33 (2007); Facundo Sarrabayrouse, “Responsabilidad de los proveedores y usuarios de servicios de Internet. El estado de la cuestión en el derecho norteamericano”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), 245-302.

posibilidad de que los afectados denuncien extrajudicialmente la violación a fin de que el intermediario remueva el acceso al sitio, notificando a su autor¹⁷.

En el ámbito de la Unión Europea, la directiva 2000/31/CE¹⁸ sobre Comercio Electrónico establece que los prestadores de servicios intermediarios no serán responsables si no originaron la transmisión de los contenidos y carecen de conocimiento efectivo sobre la ilicitud de la información. A la luz de tal directiva, varios países del continente han legislado internamente la necesidad de que el buscador, para ser considerado responsable, debe haber adoptado un rol activo –que escapa a la idea de mero intermediario–, y/o haber tenido un conocimiento efectivo de que la información a la que remite lesiona derechos de terceros susceptibles de indemnización. Al respecto, España especifica que el conocimiento efectivo se configura cuando un órgano competente haya declarado previamente la ilicitud de los contenidos, ordenado el respectivo bloqueo a su acceso¹⁹.

En Latinoamérica, siguiendo los pasos de algunos países europeos, tanto Chile en el 2010 (ley 20.435)²⁰ como Brasil el año 2014 (Marco Civil da Internet, ley 12.965)²¹ disponen en su normativa interna que los intermediarios no serán responsables si no poseen conocimiento efectivo del carácter ilícito de los contenidos obrantes en su lista de resultados y que aquél se entenderá cumplido cuando medie una orden de tribunal competente que disponga la eliminación.

IV.2. Distintas teorías en el derecho argentino

En la República Argentina, ante la omisión legislativa, la doctrina y jurisprudencia han esbozado opiniones diametralmente opuestas. En efecto, por un lado están quienes pregonan un factor de atribución de responsabilidad objetivo cimentado en la teoría del riesgo y, por el otro, quienes postulan un factor de atribución subjetivo basado en el conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido al que se accede a través del motor de búsqueda. Esta última postura se subdivide entre quienes consideran que para que se configure tal

¹⁷ Marcos Zunino, “La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet y la libertad de expresión”, *La Ley F* (2012): 821 (2012-F-821).

¹⁸ Parlamento Europeo. Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (2000). Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=181679 (consultado por última vez el 22/10/2014).

¹⁹ Ley n° 34/2002 de España, ley 719/2000 de Francia, ley 152/2001 de Austria, ley 227/2002 de Dinamarca, entre otras.

²⁰ Congreso Nacional de Chile. Ley N° 20.432 que modifica la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual (2010). Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1012827&r=3> (consultado por última vez el 22/10/2014).

²¹ Congreso Nacional de Brasil. Marco Civil da Internet (2011). Disponible en: <https://docs.google.com/file/d/0BzcBZYaOx4TaQ09hRUlaakxMTFk/edit> (consultado por última vez el 22/10/2014).

conocimiento basta con una notificación del damnificado y los que sostienen que es necesaria una orden judicial de bloqueo. Veamos entonces los fundamentos de cada postura y los posibles inconvenientes de su aplicación.

IV.2.a. El factor de atribución objetivo y las problemáticas derivadas de su aplicación

El primer grupo, enrolado en un factor de atribución objetivo²², estima que la actividad de los buscadores es “riesgosa” en los términos del art. 1113, 2do. párrafo del Código Civil²³. En resumidas cuentas, aduce que los buscadores son titulares de sus propias páginas *web*, que han ideado y diseñado los motores de búsqueda (obteniendo un lucro por tal emprendimiento), que facilitan el acceso a los sitios con información perjudicial, y que están en mejores condiciones técnicas de prevenir la generación de daños. Por lo tanto, en su carácter de intermediarios, deben ser responsables por las consecuencias derivadas de los contenidos perniciosos que introducen, reproducen y difunden.

Al respecto, Borda opina que los buscadores desarrollan una actividad con autonomía dañosa que consiste en una estructura organizada que intensifica la producción de perjuicios²⁴. Para decirlo en otras palabras, si bien el menoscabo es causado de modo directo por el proveedor del contenido, el intermediario facilita su divulgación y potencia sus efectos nocivos. En la misma línea de razonamiento se expidió el *amicus curiae* Horacio Roberto Granero, presidente de la Comisión de Alta tecnología del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en la audiencia pública celebrada con motivo del reciente fallo de la Corte. En esa oportunidad, manifestó que la aplicación de un factor objetivo a quienes facilitan y repotencian la difusión de elementos nocivos no cercenaba la libertad de expresión. Agregó que el avance de la tecnología –creada por el hombre– debía ir de la mano con la posibilidad

²² Véase José M. Lezcano, “Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet”, UNLP 2009-2010, 518; Guillermo J. Borda, y Carlos Pereira (h.), “La responsabilidad de los buscadores en internet”, *Jurisprudencia Argentina* 2010-II; Claudio F. Leiva, “Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)”, VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 2005, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Nora A. Cheriñavsky, “Responsabilidad civil de los buscadores de contenido en Internet”, *elDial.com* DC13E5; Luciano J. Martini, “La Responsabilidad Civil en Internet. Un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2011-VIII, 17; CNCiv, Sala J, “K., A. P. c. Yahoo de Argentina S.R.L.”, 31/8/2012, *LL*, 2012-E, 662; Cámara Civil y Comercial de Jujuy, Sala I, “S.M. y L.E.M. c/Jujuy Digital y/o JUJUY.COM y del Sr. Omar Lozano”, 2004, *elDial* - AA22B3; entre otros.

²³ La postura mayoritaria en doctrina, a la cual me adhiero, incluyen dentro de esta normativa tanto a las “cosas” como a las “actividades” riesgosas.

²⁴ Guillermo J. Borda, “La responsabilidad de los buscadores en Internet por la vinculación de personas a través de páginas con contenido sexual”, *DFyP*, 24/1/2011, 237.

de controlar y prevenir los daños que provoca.

No coincidiré con esta doctrina. Por supuesto que no desconozco que los buscadores perfeccionaron una estructura que gobierna la accesibilidad masiva de grandes volúmenes de información que de otro modo no podría haber sido conocida por los usuarios. Tampoco se me escapa que muchas veces el anonimato de los verdaderos responsables, su ubicación geográfica e, inclusive, su posible insolvencia pueden dejar sin reparación a los afectados (aunque esto no significa, claro está, que a través de una orden judicial de bloqueo de los resultados se pueda evitar que se siga propagando el daño). Sin embargo, estos argumentos no alcanzan para atribuirles sin más una responsabilidad casi ilimitada por cualquier perjuicio, que genere incentivos perversos para los operadores del sistema. Estimo que hay razones suficientes como para apartarse de esta tesitura. Una barrera inicial es que, más allá de la potenciación de daños que pueda generar la difusión, los buscadores –en principio– no crean ni modifican la información que publican los sitios *web* que indexan a través de sus programas de rastreo, por lo que no pueden ser considerados autores ni editores. Los responsables directos del ilícito son quienes subieron a la red los contenidos dañinos²⁵.

Sobre este punto, nuestro máximo tribunal, citando un famoso caso británico (que había sido invocado en la audiencia pública por el *amicus curiae* Juan Vicente Sola, del Centro de Estudios en Derecho y Economía de la Facultad de Derechos de la Universidad de Buenos Aires), remarcó que responsabilizar a los buscadores en este contexto equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido y facilitado la localización de un libro de contenido dañino. A su vez, prosiguiendo con su argumento, la Corte Federal añadió que “si a la vera del camino se desarrolla una actividad ilícita...no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél”²⁶.

El hecho de que la actividad de los intermediarios se erija como una condición necesaria para que se configure o intensifique el perjuicio no significa que exista una relación causal jurídicamente relevante. Una prueba cabal de ello es que, aún cuando se encuentre responsable al buscador y se ordene el bloqueo de la lista de resultados, el contenido agravante subsistirá alojado en la red, con la potencialidad de reproducirse por otros medios (tales como correo electrónico, *blogs*, foros, *chats*, etcétera; a los que los usuarios accedan de modo directo).

²⁵ Horacio Fernández Delpech, "Internet. Su problemática jurídica", *LexisNexis*, 2004, 209.

²⁶ Considerando 16 del fallo “Rodríguez”, que cita a “Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.”, Court of Appeal –Queen`s Bench Division, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL16-07-2009.

Por lo tanto, no obstante poder echar mano a una orden de eliminación, habría que utilizar las herramientas tecnológicas disponibles para encontrar y responsabilizar a quienes proveen la información perjudicial. Este tipo de acciones por los afectados, y su consiguiente condena judicial, generaría conciencia social en cuanto a la medida que deben adoptar quienes usan Internet y las redes sociales, a fin de evitar que este espacio tan útil de libre expresión humana no se convierta en un foco de inimputabilidad.

Por otra parte, me parece crucial imaginar por un momento desde una perspectiva de prevención, las consecuencias que podría traer aparejada la adopción de un factor de atribución objetivo. Para comenzar, se estaría incentivando a las empresas a que, para impedir responsabilidades ulteriores, realicen un control de calidad de cada uno de los contenidos que figuran en los sitios *web* que indexan; tarea que resultaría imposible de llevar adelante por diversos motivos. El primero, de índole práctico, organizativo y económico, es que la información que se sube a la red por segundo es absolutamente inabarcable. No se puede relevar, fiscalizar, controlar, monitorear o filtrar los millones de sitios que circulan en Internet. Requerir estas precauciones sería irrazonable y tendría un costo prohibitivo²⁷.

A su vez, la inevitable responsabilidad ulterior ante la imposibilidad de prevención podría generar incentivos inadecuados para los usuarios. En efecto, podría haber una proliferación de demandas intentando sacar provecho de esta regulación, invocando cualquier información nociva que surja de un sitio de un tercero o, inclusive, comentarios injuriantes o calumniosos en redes sociales a las que se accede por el motor de búsqueda. Hasta podríamos llegar al absurdo de consumidores que creen páginas *web* anónimas de auto-difamación para que, una vez indexadas, el buscador deba responder²⁸.

Sobre este argumento en particular, la Corte Federal se limitó a señalar que las legislaciones de derecho comparado (entre las que destacó las de la Comunidad Europea, España, Chile, Brasil y Estados Unidos) no contienen una obligación general de vigilar y/o supervisar los datos subidos a la red; de lo que se sigue necesariamente la inexistencia de responsabilidad en este sentido. A su vez, indicó que diversas relatorías para la libertad de expresión de organizaciones internacionales se pronunciaron por la inconveniencia de exigir

²⁷ Agustín Waisman y Martín Hevia, “¿Qué deberes de cuidado tienen los motores de búsqueda?”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, coor. Pablo Palazzi (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), 50.

²⁸ Fernand Tomeo, “Criterios de responsabilidad para los buscadores de Internet”, *La Ley E* (2012): 66 (2012-E-66).

a los intermediarios el control del contenido generado por los usuarios²⁹.

El segundo motivo es de carácter jurídico. Es que, suponiendo que la tarea de control descripta fuera asequible *ex ante*, se estaría exigiendo a los intermediarios que hagan un juicio de valor de los contenidos de todos sitios que indexan, desechando aquellos que consideren agraviantes y/o ilícitos. Los buscadores se erigirían, de este modo, en una suerte de autoridad competente que reemplaza al órgano jurisdiccional con facultades para discernir sobre la nocividad de la información³⁰. A través de este control subjetivo, se fomentaría una censura previa encubierta, prohibida por nuestra Constitución Nacional³¹, susceptible de afectar el derecho a la libertad de expresión de quienes proveen los contenidos y el derecho al acceso a la información de la comunidad. En este marco, se podrían conculcar, entonces, más derechos de los que se pretende tutelar.

Asimismo, más allá de que esta actividad resulta insensata desde un punto de vista teórico y abstracto, en la práctica, tal como surge del pronunciamiento de la Sala A de la Cámara Civil, no se puede saber de antemano si un contenido es siquiera efectivamente dañoso para un potencial reclamante. En verdad, lo que para ciertas personas, o incluso la mayoría de la población, resulta intolerable (como la vinculación de sus datos con páginas de contenido erótico, o la difusión de fotos íntimas) puede para otras ser aceptable y hasta deseable y consentido (para quien trabaje como modelo en revistas de esa clase o quien defienda al nudismo como estilo de vida y asuma una actitud militante al respecto). El margen de error es tan extenso que podría confundirse una foto familiar con pornografía infantil, un sitio de prevención contra el sida con obscenidad, etcétera³².

En definitiva, la aplicación de un factor objetivo de atribución generaría incentivos perniciosos para los intermediarios, a quienes se les estaría exigiendo una conducta de prevención imposible de llevar adelante tanto desde una perspectiva práctica como jurídica con una peligrosa probabilidad de censura. En este escenario complejo, a los buscadores no les quedaría otra alternativa que internalizar los costos millonarios de las posibles indemnizaciones que deban afrontar a futuro por contenidos perjudiciales proveídos por

²⁹ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet; Organización de las Naciones Unidas, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Organización de los Estados Americanos y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: 1º de junio de 2011 (Considerando 16 del fallo “Rodríguez”).

³⁰ Eduardo Molina Quiroga, “Novedosa sentencia sobre responsabilidad de los buscadores de internet y derecho a la imagen”, *Jurisprudencia Argentina* (2013-III).

³¹ Facundo M. Bilvao Aranda, “Apuntes sobre la responsabilidad civil de los buscadores de contenidos en Internet”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (2013-I), 25.

³² Seth F. Kreimer, “Censorship by Proxy: the first amendment, Internet intermediaries, and the problem of the weakest link”, *University of Pennsylvania Law Review* 155, 11 (2010): 6.

terceros. Esto podría generar efectos nefastos, tales como el traslado de esos importes al usuario o bien la limitación o desaparición de una herramienta sumamente útil para el conjunto social.

IV.2.b. El factor de atribución subjetivo y sus variantes. El obiter dictum del fallo de la Corte

Los argumentos esgrimidos y los múltiples intereses en juego conllevan a armonizar los lineamientos generales de la responsabilidad civil con las garantías constitucionales involucradas. Tal como explica Picasso, el derecho privado de nuestro tiempo se ha constitucionalizado. Este cambio de paradigma que exige pensar los conflictos de acuerdo a los principios constitucionales implicados, ha llevado a la Corte Federal, ponderando el derecho a la libertad de expresión y otros derechos personalísimos, a crear diversos *standards* sobre la responsabilidad civil de la prensa; entre ellos, la doctrina “Campillay”, la referida a la “real malicia”, y uno particular para las opiniones³³ (no necesariamente aplicables a los intermediarios³⁴).

En el caso “Rodríguez”, la Corte Suprema precisó que la interpretación de las normas de derecho común debe ser la que mejor armonice con los derechos fundamentales involucrados³⁵. Tal como anticipé en el punto III, en el supuesto bajo estudio también encontramos una tensión entre el derecho a la libertad de expresión y derechos personalísimos como el honor o la intimidad. La aplicación de un factor de atribución objetivo, además de

³³ Véase CSJN, “Campillay, Julio C. c/La Razón, Crónica y Diario Popular”, 1986, *fallos* 308:709; CSJN, “Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ arts. 109 y 110 del C.P.”, 1996, *fallos* 319:2965; CSJN, “Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros”, 1996, *fallos* 319:3428; CSJN, “Marder, José c/ Markevich, Roberto y otro s/ beneficio de litigar sin gastos”, 1997, *fallos* 320:1227; CSJN, “Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario en autos: “Gorvein, Diego Rodolfo s/ querrela p/ calumnias e injurias c/ Amarilla, Juan H.””, 1998, *fallos* 321:2558; CSJN, “Barreiro, Hipólito Carmelo c/ Fernández, Mario Alberto y otro”, 2003, *fallos* 326:4123; CSJN, “Guerineau, Horacio Laurindo c/ La Gaceta S.A. s/ daños y perjuicios”, 2004, *fallos* 327:943; CSJN, “Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros”, 2008, *fallos* 331:1530; entre otros.

³⁴ Mientras algunos autores sostienen que se deben aplicar las doctrinas “Campillay” y de la “real malicia” a los buscadores, otros consideran que no corresponde extender el régimen específico de tal jurisprudencia sino simplemente inspirarse en ella para descartar el factor de atribución objetivo (véase, por ejemplo, Rivera, Julio César (h) y Torres Espinosa, Andrea, “La doctrina Campillay y la responsabilidad civil de los intermediarios en Internet por el alojamiento de expresiones injuriantes de terceros”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012) 3/28 y, en contra, Picasso, Sebastián, en CNCiv, Sala A, “R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, del 13/05/2013, LL, 2013-C, 639, JA 2013-III, 493, RCyS 2013-X, 147, RCyS 2013-XI, 78).

³⁵ Considerando 14. Véase también: CSJN, “Provincia de Buenos Aires c/ C. de Lacour, Elvira”, 1944, *fallos* 200:180; “Grosso, Rodolfo Pedro, y otra c/ Moyano, Martha Amalia”, 1963, *fallos* 255:192; “Romero Oural, Jorge Manuel”, 1973, *fallos* 285:60; “González, Juan Carlos c/ Nación”, 1974, *fallos* 299:93; “Transportes M. Romano y Cía. S.A.C.I.F.I. c/ Nación Argentina”, 1980, *fallos* 302:1600; “Ríos, Argentino y otros s/ privación ilegal de la libertad calificada y tormentos”, 1989, *fallos* 312:111; “Bagolini, Susana c/ ITH. Instituto Tecnológico de Hormigón SA.”, 1991, *fallos* 314:1445; “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia”, 2006, *fallos* 329:5266.

generar incentivos inadecuados, implicaría prescindir por completo de la dimensión constitucional que adquiere esta cuestión y desconocer los razonamientos de nuestro más alto tribunal en problemáticas similares.

En virtud de lo precisado, coincido con la mayoría de la doctrina argentina, la marcada tendencia de derecho y jurisprudencia extranjera, y la Corte Federal, en que resulta acertado establecer un factor de atribución subjetivo a los buscadores de Internet, conforme los artículos 512, 902 –en tanto expertos en materia informática– y 1109 del Código Civil. Al respecto, cabe destacar que la decisión adoptada por la CSJN en este sentido era esperable luego de ver la interacción de los Ministros con los abogados de las partes en la audiencia pública celebrada con fecha 29 de mayo pasado.

En efecto, basta con remitirse a varias de las preguntas y/o aseveraciones de los magistrados. Entre otras, el lamentablemente hoy fallecido Dr. Petracchi consultó a la pretensora: “¿en qué países ha encontrado una regulación de responsabilidad objetiva en estos casos?”; la Dra. Highton preguntó: “¿el buscador tendría que analizar previamente todos los contenidos?”, “¿habría que censurar todo sitio sexual y pornográfico?”; y el Dr. Lorenzetti interrogó “¿cómo sabe *a priori* un buscador con miles de páginas que está provocando un daño?”, ¿por qué sería riesgoso todo el software?”. A su vez, el presidente del tribunal remarcó en reiteradas ocasiones que todas las leyes del derecho comparado se refieren a un factor de atribución subjetivo, no habiendo antecedentes que postulen uno objetivo, por lo que finalmente indagó “¿por qué sería distinto acá?”. A su vez, en la misma línea de razonamiento se habían expedido los *amicus curiae* Andrés Gil Domínguez junto al especialista en telecomunicaciones Raúl Martínez Fazzalari, y Eduardo Molina Quiroga, director de la especialización en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En resumidas cuentas, los buscadores serán responsables cuando, pese a conocer la existencia de contenidos nocivos en su lista de resultados, omitan bloquearlos. Por supuesto que la decisión será diferente si los buscadores asumieron un rol activo, subiendo en su página *web* algún contenido propio y/o modificando o editando los de terceros, ya que en esos supuestos su calidad de intermediario se desvanece.

En lo que respecta al conocimiento efectivo de la ilicitud de contenido, existe una ardua disputa en cuanto a si basta con una notificación del afectado para que se configure o si es necesaria una orden judicial. La primera vertiente³⁶ considera que el bloqueo con prontitud,

³⁶ Entre otros, Federico Vibes, "Los "intermediarios" de internet y el deber de reparación en infracciones al

ante la comunicación extrajudicial del usuario que indica la existencia de información perjudicial, es la conducta esperable de un empresario diligente con capacidad técnica para evitar que se propague el ilícito, en tanto debe obrar de modo leal, de buena fe y como un buen hombre de negocios.

Esta postura, según se arguye, es más práctica ya que evita costos innecesarios tanto a las partes como al aparato jurisdiccional, y garantiza una protección inmediata de los derechos personalísimos de los damnificados³⁷. En esta línea de razonamiento, la Sala J de la Cámara Civil explicó que la implementación de este procedimiento alternativo resulta acorde con el concepto actual de "acceso a la justicia", que intenta prescindir de la judicialización del conflicto para procurar resolverlo con sencillez, celeridad y a menor costo³⁸. Por su parte, la Sala H del mismo tribunal ha indicado que el incumplimiento de una orden judicial pareciera ser una exigencia engañosa ya que resulta obvio que quien no la acata asume una responsabilidad, no siendo necesario que una ley especial lo establezca³⁹.

De otro lado, la segunda vertiente⁴⁰ postula que el conocimiento efectivo del contenido dañoso se configura cuando se notifica a los buscadores una orden judicial que dispone eliminar su acceso. Desde ya adelanto que, por motivos similares a los oportunamente brindados para descartar la instauración de un factor de atribución objetivo, me enrolaré –en principio– en esta teoría.

Vale la pena reiterar que es el Poder Judicial y no el buscador de Internet quien debe dirimir si una expresión, idea, información y/o imagen es injuriente, difamatoria o ilícita. En efecto, no corresponde convertir al intermediario en una autoridad facultada para hacer un

derecho de autor", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2012-III, 22; Tomeo, "Criterios de responsabilidad para los buscadores de Internet"; Alejandro Sydiaha, "La responsabilidad civil de los buscadores de internet", *D.J.* 29/12/2010; Gonzalo Peñalba Pinto, "Responsabilidad por injurias vertidas en internet", *La Ley NOA* 2004, 11; Jorge Galdós, "Responsabilidad civil de los proveedores de servicios de Internet", *La Ley D* (2001):953 (2001-D-953); Fernández Delpech, "Internet. Su problemática jurídica"; CNCiv, Sala I, "L., B. c. Google inc", del 02/07/2013, LL, 2014-A, 120; íd., Sala A, "R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios", del 13/05/2013, LL, 2013-C, 639, JA 2013-III, 493, RCyS 2013-X, 147, RCyS 2013-XI, 78; íd., Sala H, "B., E. C. c. Google Inc. y otros s/Ds. y ps.", del 5/12/2012, RCyS 2013-V, 155, JA 2013-II, 350; íd., Sala D, "D. C., V. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ds. y ps.", del 10/08/2010, LL 2010-E, 107, LL 2010-E, 413, RCyS 2011-II, 82, ED 240-219.

³⁷ Fernando Tomeo, "Una nueva victoria para buscadores de Internet", *LL*, Sup. Act. 2011, 1.

³⁸ Ello es así, aún cuando el pronunciamiento haya postulado un factor objetivo de atribución.

³⁹ CNCiv, sala H, "B., E. C. c. Google Inc. y otros s/ daños y perjuicios", del 05/12/2012, RCyS 2013-V, 155, JA 2013-II, 350.

⁴⁰ Véase Frene, "Responsabilidad de los "buscadores" de Internet"; Hugo A. Vaninetti y Gustavo J. Vaninetti, "Responsabilidad de los buscadores y libertad de expresión", *La Ley A* (2014): 120 (2014-A-120), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2014-IV, 37; "Buscadores en Internet: responsabilidad civil", *El Derecho* 240-253; "La responsabilidad civil de los buscadores en Internet. Afectación de los derechos personalísimos. Supuestos para analizar", *El Derecho* 238-808; Gini, "Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión"; Santiago Eraso Lomaquíz, "Responsabilidad de los buscadores de internet", *elDial.com* - DC1811.

juicio de valor sobre la calidad de cada contenido; son los jueces quienes tienen la competencia y las herramientas técnicas para realizar dicha tarea.

La Corte Federal se expidió sobre esta cuestión a modo de *obiter dictum*. Destacó que convenía distinguir entre los casos en que el daño es manifiesto y grosero, en cuyo caso bastaba con una comunicación fehaciente del damnificado, y los supuestos en los que el perjuicio es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento, que corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente. Esta postura va en sintonía con el pensamiento de autores como Tomeo que estiman que el contenido debe ser eliminado de los resultados cuando resulte ostensible y manifiestamente ilegal⁴¹.

En este grupo, nuestro máximo tribunal englobó a la pornografía infantil, la provisión de datos que faciliten o instruyan la comisión de delitos, “que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual”⁴².

Toda vez que estimo que no debe quedar librada a opinión de los buscadores la consideración de qué resulta manifiesta u ostensiblemente ilegal, la propuesta resultará atractiva sólo en la medida en que se concluya que la lista de supuestos brindada por la Corte para que opere la excepción resulta taxativa (más allá de que habría que precisar el alcance de algunos de ellos). Por supuesto que también podría haber una futura legislación que delimite con estrictez los casos de excepción. Es que no puede soslayarse que la mayoría de las cuestiones probablemente ofrezcan interpretaciones diversas, siendo el órgano jurisdiccional quien deba tener la potestad de determinar la verosimilitud o efectividad del derecho.

Al respecto, a fin de profundizar en esta idea, me parece crucial pensar por un instante en las consecuencias negativas que podría conllevar la adopción de un régimen de responsabilidad basado en una regla abierta de comunicaciones extrajudiciales. En primer lugar, habría un sin fin de notificaciones a los intermediarios por pretendidos contenidos ilícitos. No es ilógico imaginar que llegarán menos casos infundados a tribunales que comunicaciones extrajudiciales injustificadas. Pero aún superado el escollo de la catarata de

⁴¹ Fernando Tomeo, “Responsabilidad civil de buscadores de Internet”, *La Ley E* (2010): 108, (2010-E-108).

⁴² Considerando 17 del caso “Rodríguez”.

avisos, surgirán preguntas difíciles de develar: si los contenidos son injuriantes o calumniosos, si las ideas o informaciones expresadas son veraces o falaces, si constituyen meras opiniones, si afectan a la intimidad –lo cual variará dependiendo de la persona involucrada–, si se configura un supuesto de manifiesta ilegalidad por la flexibilidad en la interpretación de algunas excepciones; entre tantas otras.

En este escenario de incertidumbre, ante el temor de un proceso judicial que lo responsabilice por facilitar el acceso a un contenido agravante, el intermediario estará incentivado a eliminar sin más cuanto resultado de búsqueda el solicitante requiera. De este modo evitaría, además de una posible indemnización, los costos derivados de examinar y valorar cada pedido. En otras palabras, el beneficio esperado por el consumo de un sitio *web* particular seguramente sea menor al costo de asesoramiento para determinar la procedencia del bloqueo (sumado a la probable penalidad). Por lo tanto, el incentivo dominante para el buscador será resguardarse de sanciones (abandonando cualquier esfuerzo para evitar errores) más que proteger al proveedor de contenidos de una posible censura.

El hecho de que los motores de búsqueda constituyan una herramienta sumamente valiosa, que merezca una adecuada tutela porque potencia la dimensión social de la libertad de expresión y el acceso a la información, no significa que sus dueños posean un compromiso serio con la expresión que facilitan. En tanto empresa con fines de lucro, que depende de publicidades y afiliados corporativos, el buscador en principio adoptará la decisión menos costosa y no la que preserve más la libertad de expresión. En cambio, la judicatura al momento de resolver una orden de eliminación hará el respectivo balance de todos los derechos en juego.

En un mercado concentrado de intermediarios, que pueden resultar vulnerables a distintas presiones, a las que parecieran ser inmunes los proveedores primarios, grupos de consumidores poderosos podrían vetar el discurso de otros; empresas podrían bloquear contenidos de sus competidores; etcétera. Una censura privada sin coordinación ni supervisión y con poca visibilidad, en clara afectación a la garantía de la libertad de expresión, generaría que la comunidad ni siquiera se anoticie de que determinado mensaje no llegó a destino. Estas circunstancias, precisamente, exigen una mayor protección de la actividad de los buscadores y la necesidad de generar incentivos adecuados, dejando en manos de la jurisdicción el examen subjetivo de los sitios de terceros que aquellos indexan.

Por otra parte, podría suceder que quienes vieron bloqueados sus contenidos entiendan afectado su derecho a la libertad de expresión y decidan iniciar acciones legales contra el

buscador. Si el juez interviniente considerase que la eliminación de la lista de resultados no era procedente podría eventualmente, quizás fundado en una causal de discriminación, disponer una condena de daños y perjuicios contra la empresa. Así las cosas, el intermediario quedaría entre la espada y la pared. Ante una solicitud extrajudicial de bloqueo tendría dos amenazas bien fundadas de procesos judiciales: del particular que aprecia menoscabado su derecho al honor o la intimidad y del proveedor del contenido que estima afectada su garantía a la libertad de expresión.

Por lo tanto, estimo que hay razones suficientes como para establecer como regla general la necesidad de una orden judicial de bloqueo. Este sistema, que prevalece en varios países del derecho comparado como España, Chile y Brasil, ha sido defendido por la Organización de las Naciones Unidas, que destacó que los buscadores de Internet no serán responsables por información generada por terceros a menos que se nieguen a cumplir una orden judicial que exija su eliminación. A su vez, el referido organismo dejó en claro que los intermediarios no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión⁴³.

Ahora bien, lo hasta aquí concluido no significa que a la hora de legislar o de avanzar en una lista taxativa pretoriana deba descartarse por completo un sistema de “*notice and takedown*” como el que prevé la legislación norteamericana en temas de propiedad intelectual (que han quedado al margen del presente trabajo). La normativa podría indicar como regla general la necesidad de una orden judicial y luego especificar excepciones concretas –que no afecten la garantía constitucional de la libertad de expresión– en las que rija un procedimiento de notificaciones extrajudiciales y posterior bloqueo. Este es el régimen que adoptó Brasil hace tan sólo algunos meses, que luego de requerir como regla una orden judicial (artículo 19), dispone que los buscadores serán responsables subsidiariamente en casos de violación a la intimidad cuando, una vez notificados extrajudicialmente por el participante o su representante, no bloqueasen imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado (artículo 21).

En resumidas cuentas, si bien la idea de recurrir a la justicia para lograr la remoción de resultados del índice de búsqueda puede aparecer –en principio– como poco práctica, engorrosa y costosa, dada la calidad de intermediario del buscador y el contexto de omisión legislativa, es la solución que mejor conjuga los intereses involucrados⁴⁴, brinda una respuesta

⁴³ Hugo A. Vaninetti y Gustavo J. Vaninetti, “Responsabilidad de los buscadores y libertad de expresión”, *La Ley A* (2014): 120 (2014-A-120), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2014-IV, 37.

⁴⁴ Lisandro Frene, “Responsabilidad de los “buscadores” de Internet”, *La Ley F* (2009): 1219 (2009-F-1219).

apropiada a la tensión de derechos fundamentales y genera incentivos adecuados a los operadores. Ello no significa que el Poder Legislativo pueda adoptar en el futuro una regulación específica en la materia, que disponga excepciones justificadas concretas (como las señaladas por la Corte Federal); y no construcciones abiertas que requieran la interpretación del intermediario y atenten contra los derechos que se pretende tutelar.

IV.3. Los parámetros aplicables a una orden judicial de bloqueo de resultados. Tutela preventiva y un final incierto

Para finalizar este punto, me referiré brevemente a los parámetros que considero aplicables a una orden judicial de bloqueo de resultados. Es que uno de los interrogantes que se ha planteado es si quien siente afectado su derecho a la intimidad o el honor debe detallar específicamente ante la jurisdicción, sea por un pedido cautelar o definitivo, los sitios cuyo bloqueo pretende, indicando el URL pertinente, o si puede requerir la eliminación de todos los contenidos referidos a su persona de la base de datos del buscador. Esto puede incluir en el análisis tanto a los existentes como a los que en un futuro puedan presentarse.

Al respecto, cabe señalar que las medidas genéricas no sólo resultan de difícil cumplimiento sino que pueden afectar injustamente los derechos de los titulares de los sitios *web*, de la sociedad que pretende acceder a la información, de posibles homónimos que nada tienen que ver con el asunto e, incluso, del propio reclamante. Esto significa, que aún cuando los intermediarios puedan contar con herramientas técnicas para eliminar del filtrado cierta palabra o su conexión con otra, la medida indeterminada puede pecar por exceso o por defecto.

Por un lado, se pueden bloquear contenidos en los que figura el término indicado pero que de ninguna manera resultan agraviantes (inclusive pueden resultar meramente informativos), cercenando de este modo el derecho a la libertad de expresión de quienes los proveyeron y el acceso a la información del conjunto social; con todos los problemas que trae aparejado. Hasta puede afectarse al propio requirente, que ve excluida de Internet toda referencia a su persona, privándose de una difusión positiva de su carrera profesional o imagen⁴⁵. Por lo tanto, es necesario que un juez valore en cada caso particular si el resultado impugnado afecta o no los derechos invocados⁴⁶. Por otra parte, con una medida genérica referida a un término específico

⁴⁵ Ezequiel M. Zabale, "Deber de bloquear y dar de baja de información en los buscadores de Internet", *La Ley*, Sup. Act. 2013. 1.

⁴⁶ CNCyCF, Salla III, "David Gutiérrez, Pamela y otros c/ Microsoft de Argentina SA s/ medidas cautelares", 31/05/2012; "S. G. E. c. Google Inc. s/medidas cautelares", 2012, *LL*, 2012-B, 171; entre otras.

se puede dejar de lado otros sitios agraviantes que utilizan apodos o palabras diferentes para referirse al mismo sujeto.

Tal como sostuvo el voto en mayoría de la Corte Federal, toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva y toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad⁴⁷. En definitiva, en lo que concierne a medidas adoptables a futuro, consideró que no procede la tutela preventiva, que puede generar una censura previa, sino determinar en todo caso responsabilidades ulteriores.

En consecuencia, razones de proporcionalidad⁴⁸, que valoran todos los intereses en juego, exigen como requisito fundamental que el afectado individualice puntualmente los sitios que pretende sean bloqueados, a fin de que el juez determine la procedencia de su eliminación de los resultados del buscador. Coincido, entonces, con la Corte Federal en que no corresponde, ni aún de modo preventivo, establecer medidas genéricas de bloqueo.

No obstante, no puede dejar de señalarse que los Dres. Lorenzetti y Maqueda consideraron, en su disidencia parcial, que es posible reconocer una acción judicial a fin de que se adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos (tutela sustancial inhibitoria); esto es, para evitar que en tiempos venideros se establezcan nuevos vínculos que afecten los derechos personalísimos y se produzca la repetición de la difusión de información lesiva. Un mandato preventivo, “que persigue evitar la repetición, agravamiento o persistencia de daños”, habilitado por la “sola amenaza causalmente previsible del bien jurídico tutelado” (considerando 33).

Al respecto, cabe señalar que no se explica a ciencia cierta cómo se implementaría esta tutela preventiva sin afectar los derechos involucrados y las problemáticas descriptas. A su vez, aún cuando expresamente se advierte que resulta factible y que no puede confundirse con la imposibilidad aludida en el considerando 17 (en el que se sostiene que “en las condiciones actuales del desarrollo tecnológico...esa actividad no permite prevenir, de manera genérica...eventuales daños a terceros”; que se debe “descartar que la demandada se encuentre en condiciones técnica y jurídica de evitar, de forma generalizada y anticipadamente, eventuales resultados lesivos”), en tanto deben suministrarse pautas de identificación necesarias para su concreción, resulta sumamente complejo no vislumbrar una contradicción. Por último, resulta difícil conciliar y armonizar una medida de estas características con los argumentos y las conclusiones esbozadas a lo largo de este trabajo.

⁴⁷ Considerando 23 del fallo “Rodríguez”.

⁴⁸ CNCyCF, Sala I, “P., P. c. Yahoo de Argentina S.R.L.”, 2012.

No puede soslayarse que la disidencia parcial referida se encuentra suscripta por una minoría con potencialidad de erigirse, en un futuro cercano, en mayoría. Es que con la partida del Dr. Zaffaroni, un nuevo Ministro de la Corte Federal asumirá funciones y deberá, en caso de llegar un nuevo caso al tribunal, dirimir esta compleja cuestión. El final de esta historia, al menos en lo que respecta a la posibilidad de requerir medidas judiciales de bloqueo preventivo, es incierto.

V. Conclusiones

Internet ha revolucionado las formas de comunicarse, procesar la información y socializar el conocimiento humano. El uso democrático, interactivo y participativo de la red genera que todos seamos al mismo tiempo proveedores y consumidores de contenidos de lo más variados (científicos, culturales, educativos, intelectuales, políticos, económicos y, por qué no, banales, triviales y superficiales).

Los motores de búsqueda son una herramienta vital ya que permiten a los usuarios localizar contenidos relevantes dentro de un flujo incesante de conocimientos. La búsqueda, recepción y difusión masiva de información a través de Internet se encuentra comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. Por supuesto que tal garantía no es absoluta y debe conciliarse con los restantes derechos fundamentales. Si se acreditara una afectación al honor o la intimidad, quienes subieron la información a la red, previo análisis de juez competente, serán responsables de los perjuicios ocasionados.

Sin embargo, la cuestión no será tan sencilla en lo que respecta a los buscadores de Internet. La aplicación de un factor objetivo de atribución generaría incentivos inadecuados, ya que se les exigiría a los intermediarios (que en principio no crean ni modifican la información que publican los sitios de terceros) una conducta de prevención, referida al control de calidad de contenidos que indexan, imposible de llevar adelante tanto desde una perspectiva práctica como jurídica. Podría generarse una peligrosa censura previa que afecte derechos personales de los proveedores, de la comunidad e, inclusive, del potencial reclamante. A su vez, la consiguiente internalización de costos por futuras condenas podría trasladarse al usuario o bien limitar o hacer desaparecer una actividad de valor inconmensurable.

Por lo tanto, considero, en coincidencia con la marcada tendencia en el derecho foráneo y la decisión de nuestro máximo tribunal, que debe establecerse un factor de atribución subjetivo, que se configurará cuando los intermediarios, pese a tener un conocimiento efectivo

de la nocividad de un contenido, decidan no bloquearlo de su lista de resultados. Esta es la doctrina que armoniza la responsabilidad civil con las garantías constitucionales involucradas, que tiene en cuenta los razonamientos de nuestro más alto tribunal en problemáticas similares y mejor conjuga todos los derechos involucrados.

En cuanto a la disputa referida al momento en que se conforma el conocimiento efectivo; esto es, si basta con una notificación del afectado o si es necesaria una orden judicial que debe especificar puntualmente los sitios a ser eliminados del listado de resultados, por las razones brindadas, me inclinaré por la segunda. No parece razonable trasladar al buscador la determinación de la verosimilitud y/o efectividad de un derecho; tarea que debe quedar bajo la órbita de los magistrados.

Una regla abierta de comunicaciones extrajudiciales podría incentivar al intermediario, dados los costos derivados de analizar cada pedido y el temor de una condena, a eliminar cuanto resultado de búsqueda se le requiera. El beneficio esperado por el consumo de un sitio seguramente sea menor al costo de asesoramiento para determinar la procedencia de la eliminación (sumado a la probable penalidad). El hecho de que el motor de búsqueda constituya una herramienta valiosa, que merezca una adecuada tutela porque potencia la dimensión social de la libertad de expresión y el acceso a la información, no significa que sus dueños posean un compromiso serio con la expresión que facilitan. El buscador como empresa con fines de lucro que puede resultar vulnerable a diversas presiones adoptará la decisión menos costosa y no la que proteja a los proveedores de posibles censuras.

Por el contrario, la judicatura al momento de resolver una orden de eliminación de resultados hará el respectivo balance de todos los intereses implicados. Ahora bien, esto no significa que a la hora de legislar puedan preverse excepciones concretas y justificadas a esta regla general de manda judicial, implementando un sistema de comunicaciones extrajudiciales que no afecte los derechos que se pretende tutelar. En este sentido, resulta interesante la propuesta de la Corte Federal en una decisión *obiter dictum* de establecer en qué supuestos puede considerarse que el daño es manifiesto y grosero, en cuyo caso basta con una comunicación fehaciente del damnificado.

Ahora bien. A fin de lograr un esquema de incentivos adecuado, un equilibrio razonable entre los derechos de las partes involucradas y de la sociedad en su conjunto y brindar a los operadores del sistema reglas de juego claras, tal lista debe ser taxativa y permitir anticipar con certeza en qué casos se presenta una ilicitud manifiesta.

Por último, cabe señalar que la disidencia parcial del fallo de la Corte Federal (suscripta por una minoría con potencialidad de convertirse en pocos meses en mayoría atento los cambios venideros en la conformación del máximo tribunal) admite la procedencia de una acción judicial de tutela preventiva para que se adopten las medidas necesarias a fin de evitar futuras vinculaciones que afecten derechos personalísimos difícil de compatibilizar y armonizar con los argumentos y conclusiones esbozadas a lo largo de este trabajo, y que abre un serio interrogante en cuanto al final de esta historia.