

La responsabilidad de los buscadores de Internet después del caso Belen Rodriguez

Gonzalo Iglesias – abogado

Abstract.

La responsabilidad de los buscadores de internet ha sido objeto de debate en el derecho interno. El fallo mencionado establece un criterio de interpretación al respecto

1 Introducción.

El fallo de Corte de fecha 28 de octubre de 2014, en autos caratulados “*Belen Rodriguez c/ Google inc s/Daños y perjuicios*” pone fin a una discusión respecto a la responsabilidad de los buscadores de internet por el contenido indexado por el servicio, cuando el mismo produce un daño indemnizable.

La cuestión en debate es si los buscadores pueden ser responsabilizados por hechos de los cuales no son autores y en caso afirmativo, cual es el factor de imputación. La postura negativa fundamenta la idea en la ausencia de autoría, sosteniendo que los buscadores carecen de control editorial sobre los contenidos que indexan, transformándose mas en el equivalente a una biblioteca que a una editorial. En contraposición, los autores que sostienen una postura cercana a la responsabilidad refieren que los demandados no son otra cosa que una empresa que presta de un servicio, obteniendo un beneficio económico de las búsquedas realizadas, por lo que deben ser responsabilizados cuando estos resultados producen un resultado dañoso.

Desde un aspecto práctico, este debate no queda en una mera discusión teórica. En la mayoría de los casos, los autores directos del daño (los responsables de las páginas indexadas) son difíciles de determinar o, en la hipótesis de ser individualizados, carecen de los medios económicos necesarios para afrontar las resultas de un juicio. La falta de responsabilidad de los buscadores implicaría una ausencia de reparación de los damnificados, que deberían cargar con las consecuencias de los actos ilícitos.

Al mismo tiempo, la responsabilidad de los navegadores tiene una incidencia directa sobre la libertad de expresión. Es una consecuencia lógica de la responsabilidad la capacidad de control de las empresas en cuanto a los contenidos a indexar, abriendo la posibilidad de censura de contenidos o la desaparición de enlaces objetivos.

Por todo lo expuesto cualquier solución a adoptar debe necesariamente realizar un compromiso entre estos dos valores jurídicos (defensa efectiva de la privacidad y libertad de expresión) estableciendo los mecanismos para determinar en que casos y bajo que condiciones, un valor jurídico básico de como la libertad de expresión puede ser limitado.

2 La cuestión en el derecho comparado

Uno de los primeros antecedentes del tema es un caso de pornografía infantil sentenciado en el Estado de Nueva York, en el cual BUFFNET, un ISP regional localizado cerca de Búfalo, se declaró culpable del cargo de proveer acceso a contenidos

de pornografía infantil. Luego de una investigación de dos años, se sostuvo que Buffnet no había determinado accionar alguno luego de ser notificado de que uno de los newsgroups que albergaba, denominado Pedo University, estaba distribuyendo pornografía infantil. El ISP fue condenado a pagar una multa de US\$ 5.000, el máximo permitido por el acuerdo¹.

En tal sentido, el responsable de la policía estadual James W. McMahon declaraba que *“Claramente el fracaso de los proveedores de Internet en identificar y terminar el acceso a sitios de pornografía infantil, resulta infortunado. Porque la internet no conoce de límites geográficos, recae sobre los ISP, legal y moralmente la obligación de vigilar y proteger al público de esta actividad criminal”*. En similar inteligencia, el Fiscal General Spitzer declaraba que *“Cuando un ISP toma conocimiento de que se encuentra disponible en su sistema, no puede esconder la cabeza en la arena”*

Sin embargo, cabe preguntarse si la responsabilidad se deriva, como parece desprenderse de las palabras de los funcionarios, de un deber de vigilancia por parte de la proveedora de Internet o simplemente en una negligencia en el actuar al momento de tomar conocimiento de la comisión del ilícito.

Desde el punto de vista legislativo, la Ley de Decencia en las Comunicaciones (Communications Decency Act), promulgada en el año 1996, en su Sección 230, establece como regla general la irresponsabilidad de los proveedores o intermediarios de Internet. En los términos de esta norma, los proveedores de servicios informáticos interactivos son inmunes a los reclamos de responsabilidad por información publicada por terceros, ya que no pueden ser considerados como un editor o un autor.

Atento ello, señala Ott que en los Estados Unidos de América los buscadores son, en principio, inmunes respecto de cualquier causa de demanda contra ellos; ni siquiera están obligados a eliminar el hipervínculo con el contenido ilegal, excepto en los casos de legislaciones específicas como el derecho de autor².

Circumscripta entonces al ámbito de los derechos de autor, la Digital Millennium Copyright Act establece un espacio de protección por posibles responsabilidad derivadas de la violación de la propiedad intelectual (*safe harbour*) a los prestatarios de servicios de información como ISP y motores de búsqueda, siempre que se cumplan los siguientes requisitos

- 1.- El proveedor no debe tener un nivel de conocimiento mínimo de la actividad ilícita
- 2.- Si el proveedor tiene la capacidad de controlar la actividad, no debe obtener un beneficio económico directo derivado de la misma
- 3.- En caso de tomar conocimiento de la infracción, proceda a bloquear el contenido ilícito.

¹ La investigación comenzó en el año 1998 y los comentarios respecto del acuerdo pueden encontrarse en la página oficial de la procuración del estado de Nueva York en <http://www.ag.ny.gov/press-release/breakthrough-cited-war-against-child-porn>

² OTT, Stephan, “Responsabilidad de los buscadores en Alemania y Estados Unidos”, en Palazzi, Pablo A. (coord.), La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 341/342

Este procedimiento notificación, denominado *Notice and take down*, tiene carácter extrajudicial e implica una presentación del afectado bajo pena de falso testimonio ante el agente designado por el buscador, solicitando la remoción del contenido ilícito, la cual debe ser resuelta en forma perentoria por parte del buscador, para seguir gozando del beneficio de limitación de responsabilidad

La notificación en este caso no involucra al usuario que genera el contenido, al cual se le reserva un recurso de revisión una vez limitado el contenido. En tal sentido, es obligación del buscador notificar al autor del contenido quien, nuevamente bajo pena de falso testimonio, puede solicitar el desbloqueo del contenido por entender erróneo el reclamo. En tal caso, si dentro de los 14 días hábiles no se inician acciones legales, el buscador deberá volver a poner en línea el contenido impugnado³.

Por tanto, se trata de un sistema extrajudicial, donde la notificación del prestario de servicios de Internet comienza en el momento en que no cumple con la notificaciones realizadas por la partes involucradas. Es, asimismo, una solución específica, limitada a los casos en que el contenido dañoso afecte el copyright del primer notificador.

En el derecho continental europeo, la infracción de los derechos de autor se encuentra inserta dentro de la problemática más amplia de la responsabilidad de los proveedores de servicios por el contenido ilícito, ya sea este derivado de la infracción a la propiedad intelectual, delitos contra el honor o distribución de pornografía infantil.

El texto fundamental en tal sentido es la directiva europea 2000/31/CE que regula algunos aspectos de la sociedad de la información como el comercio electrónico. Si bien esta solución de tratamiento horizontal tiene su origen en la ley alemana de 1997, el tratamiento de las excepciones y límites de la responsabilidad sigue en líneas generales lo establecido por la Digital Millennium Copyright Act⁴. En tal sentido, la directiva establece en su artículo 12 el principio general que los proveedores de acceso a internet carecen de responsabilidad cuando estos se limitan a ser meros transmisores de contenidos introducidos y reclamados por terceros y no interfieren con el proceso de transmisión.

Esta limitación está condicionada a la circunstancia que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información, o bien cuando exista conocimiento, actúe con diligencia en la eliminación de los datos o su bloqueo.

En términos generales, las reglas de exclusión de responsabilidad han venido planteando dificultades de interpretación y de aplicación, agravadas en algunos casos por la diversidad de transposiciones nacionales, que no han sido todo lo homogéneas que cabía esperar. Debe tenerse en cuenta que la directiva no es de aplicación directa por las legislaciones nacionales sino que debe ser receptada por cada ordenamiento mediante una ley sancionada al efecto

La ley española recepta el principio del conocimiento efectivo aunque en unos términos tan restrictivos que parecen difícilmente compatibles con la norma

³ Comentario a la DMCA disponible en <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

⁴ Al respecto ver, Carlos Villalba y Delia Lipszy, *El derecho de autor en la argentina*, la Ley, 2006, pags 297-299

europea. En particular, el art. 17 primer párrafo de la ley de servicios de la sociedad de la información establece que “...*Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”⁵.

La primera resolución judicial que aplicó las normas de exclusión de responsabilidad de la LSSICE fue un auto de sobreseimiento provisional adoptado en unas diligencias previas por un delito de revelación de secretos contra el titular del sitio web *ajoderse.com*. Se trata del Auto de 7 de marzo de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona. El sitio web en cuestión consistía fundamentalmente en una relación de unas pocas decenas de enlaces a sitios externos, bajo el rótulo de «Colección de links de Seca Nagra». La temática común a la mayoría de materiales enlazados era información sobre cómo eludir la codificación de señales de televisión de pago. Si bien era claro que el titular de la página había seleccionado en forma voluntaria dichos enlaces, la sentencia entendió que, al no haber intimación respecto de la ilegalidad del contenido, no era posible sostener su responsabilidad⁶.

Sin embargo, el Superior Tribunal Español ha mantenido una interpretación más amplia del criterio de conocimiento efectivo en el caso “*SGAE c/Asociación de internautas*”⁷. En este caso, la Sociedad General de Autores y Editores demandó a los titulares de un hosting por una serie de páginas y artículos publicados en sus servidores en los que se vertían opiniones difamatorias respecto de la entidad y sus miembros.

Debe tenerse en cuenta que del expediente surge que si bien los demandados tenían un conocimiento real del contenido de la publicación, no habían sido intimados por autoridad alguna, por lo que no se daban los presupuestos del art. 16 in fine.

Al condenar, el tribunal rechaza la interpretación legislativa por entender que la misma resulta incompatible con los principios de la directiva europea, aplicando una interpretación mucho más amplia. En tal sentido sostuvo que “...*No es conforme a la Directiva –cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios– una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la*

5 Texto oficial disponible en <http://www.boe.es/> referencia [BOE-A-2002-13758](#)

6 Miquel Peguera Poch, “«*Sólo sé que no sé nada (efectivamente)*»: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI”, revista de internet, derecho y política, Universidad Abierta de Cataluña, 2007.

7 Sentencia 773/2009, Tribunal Supremo, Sala Civil de fecha 9 de diciembre de 2009. Similares principios se sostuvieron meses más tarde, en el caso *Ruboskizo, SL c/ Mutua Madrileña Automovilista* (sentencia 2292/2010).

exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo“

3 Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales en el derecho local

En la República Argentina no existe una legislación específica que regule el tema de la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de información. Atento ello, la discusión ha pasado en forma casi exclusiva por la doctrina y la jurisprudencia, a lo que debe sumarse algún proyecto legislativo que intentaba reglamentar la cuestión.

Dentro del campo de la doctrina, podemos dividir a los autores entre los que consideran un factor de imputación objetivo, basado en el riesgo creado, de aquellos que sostienen una responsabilidad de carácter subjetiva, basada en la negligencia en el control o accionar del buscador.

Uno de los primeros trabajos en sostener la responsabilidad objetiva derivado de los daños producidos por la informática fue publicado por los doctores Gabriel y Rosana Stiglitz en el año 1987⁸ En dicho artículo los autores sostienen que siendo la informática básicamente una forma de energía debía ser asimilable al concepto de cosa tal como la energía eléctrica generando una responsabilidad basada en el art. 1113 atento su carácter peligroso. Este trabajo sirvió como fundamento jurídico al primer fallo sobre responsabilidad en Internet, conocido como Jujuy.com donde se estableció un parámetro de responsabilidad objetiva para las publicaciones realizadas por particulares en el foro de una pagina web.

En similar sentido, otros autores como Zavala de Gonzalez o Galdos sostienen la responsabilidad objetiva que en el caso de daños derivados de la informática, en base a que la misma es por definición una actividad riesgosa por la quien debe responder quien obtiene un beneficio de ella⁹.

Sin embargo muchos autores han entendido que no es posible aplicar los principios de la responsabilidad objetiva al caso. Fernandez Delpech rechaza la posibilidad de una atribución objetiva con un doble fundamento: En primer lugar atento la imposibilidad económica y tecnológica de controlar el contenido y en segundo lugar, y quizás más importante desde el punto de vista jurídico, el hecho que la responsabilidad objetiva pone en cabeza de los buscadores y ISP la posibilidad de censurar unilateralmente los contenidos, generando de facto una censura previa¹⁰.

⁸ STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rosana M., “Responsabilidad civil por daños derivados de la informática”; La Ley, Tomo 1987-E Sección Doctrina, pág. 801

⁹ Zavala de Gonzalez, “Personas, casos y cosas en el derecho de daños” en revista de recho de daños, 2006 , n° 3, pags 47 y ss. Galdos, la evolución de la teoría del riesgo creado, op cit, pags 55 y sig.

¹⁰ Fernandez Delpech, “La injuria a través de Internet. A raíz del fallo Jujuy.com”, disponible en la página www.hfernandezdelpech.com

Pero aun dentro de los autores que sostienen un reclamo con base en la culpa de los buscadores debe separarse a aquellos que sostienen los buscadores comienzan a ser responsables despues recibida la orden de autoridad competente, de aquellos que sostienen que la obligación de actuar comienza en el momento en que reciben la noticia del ilícito, sea que esta provenga de una notificación judicial o simplemente de un tercero.

Macarena Pereyra Rozas, en su trabajo titulado “*Responsabilidad civil de los motores de búsqueda en Internet*”, que fuera acreedor del primer premio en el Concurso “Responsabilidad civil de los intermediarios de Internet” organizado por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (2010), critica las sentencias de primera instancia que decidieron la responsabilidad sin notificación judicial previa, argumentando que dado el modo genérico en que se dictaron las resoluciones, en el sentido de ordenar la supresión de indexación de los nombres, imágenes y fotografías de las reclamantes respecto de páginas de contenido sexual, erótico y/o pornográfico, “*se produce una delegación de la facultad de censura en dichos buscadores, privatizando de este modo una actividad por excepcional sobre debe darse ante casos puntuales, justificados y únicamente emanada de una autoridad judicial*”. Afirma, asimismo, que siendo que Internet es un medio de comunicación, ninguna medida tendiente al control de contenidos debe ser propiciada. Mucho menos si a quien se le pretende imponer la carga no es el productor de dichos contenidos

La posición de aquellos que sostienen la mera noticia como disparador de la responsabilidad se fundamenta en el hecho que el buscador, como todo hombre de negocios, debe actuar con buena fe y diligencia ante la noticia de un ilícito manifiesto, según el principio básico de no dañar al otro, expresado en el art. 19 de nuestra carta magna. En tal sentido Tomeo expresa que “*el buscador de Internet tomará “conocimiento efectivo” de un contenido dañoso cuando sea notificado extrajudicialmente de su existencia, por tanto, deberá bloquear el contenido una vez individualizado y si resulta claramente ilegal, cuenta con lo necesario para evitar la viralización del daño*”¹¹

Estas posturas del campo doctrinario encuentran correlato en la jurisprudencia. Uno de los primeros casos que guardan similitud con el juicio de Rodriguez fue la acción iniciada por Virginia Da Cunha contra los buscadores yahoo.com y google.com por el resultado de las búsquedas que la vinculaban a páginas de contenido sexual. Al igual que en el caso de Rodriguez, se alegaba una responsabilidad por violación de la imagen personal e invasión a la intimidad.

El fallo de primera instancia a cargo de la doctora Virginia Simari resultó favorable a la actora¹². En este sentido se ha criticado que que la sentencia se basa en forma sustancial en consideraciones de orden técnico mas que jurídicas al mismo tiempo que omite definir la fundamentación jurídica en la que basa la responsabilidad de los buscadores.

¹¹ Tomeo, “Redes Sociales y Tecnologías 2.0”, Ed Astrea, 2013, pag 13 y sigs.

¹² Fallo de fecha 29 de julio de 2009, disponible en <http://www.diariojudicial.com/noticias/Condena-para-Google-y-Yahoo--20090731-0005.html>

El fallo de cámara, en cambio establece una postura respecto de la fundamentación en el voto de la doctora Barbieri quien rechaza la postura objetiva en favor de una tesis subjetiva argumentando que pues si bien los buscadores actúan proporcionando una herramienta al usuario que utiliza la computadora (cosa riesgosa) para localizar los contenidos, dichos contenidos no son creados o puestos en la red o editados por los buscadores, por lo que no puede sostenerse que ocupen el lugar del creador de riesgo a indemnizar. Sin embargo, el mismo voto omite definir en momento se encuentra el buscador obligado a actuar rechazando la responsabilidad en un razonamiento que ha sido objeto de críticas por parte los operadores jurídicos atento su aparente carácter contradictorio¹³.

En contraposición, otros tribunales han establecido un estándar objetivo para la responsabilidad en tal sentido los fallos Carrozo y Carolina Molinari se basan en la aplicación del las reglas derivadas del art. 1113.

Quizás el fallo que mejor a fundamentado la responsabilidad objetiva de los buscadores sea la sentencia de Cámara en la demanda entablada por la actriz Paola Krum contra los buscadores google.com y yahoo.com¹⁴. En un extenso fallo, la jueza preopinante Dra. Marta del Rosario Mattera rechaza los fundamentos de la sentencia de primera instancia por entender que no resulta de aplicación a la cuestión la culpa subjetiva, toda vez que la posibilidad de daño a los terceros queda comprendido dentro del riesgo asumido por las empresas. En tal sentido, manifiesta que *“La doctrina del riesgo creado aparece nítidamente consagrada en el art. 1113 del Código Civil: quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo para terceros debe responder objetivamente, se beneficie o no con el mismo, pues la responsabilidad objetiva deriva de la creación el riesgo y no del posible beneficio que de él se obtenga. Caen bajo esta órbita los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, los derivados de actividades riesgosas y otros específicamente establecidos (ley 24.052, art. 58 del Código de Minería, art. 155 ley 17.285, etc.)”*. Y en particular respecto de los mecanismos de búsqueda ha sostenido que *“Cuanto más se insiste en describir como una suerte de “robot ingobernable” al mecanismo en que se basa la actividad de las accionadas, aduciendo que opera en forma automática, sin intervención humana, más parecen estar reconociendo que el elemento que preside el servicio que brindan es una cosa altamente riesgosa. Es de su propia descripción que resultaría tal conclusión”*

Por último y desde el punto de vista legislativo, si bien no existe normas aplicables a la función si se han presentado proyectos con estado parlamentario, siendo el mas conocido el del legislador Federico Pinedo del Pro presentado en el año 2010 que establece la responsabilidad de los Proveedores de Internet desde el momento en que reciben la notificación fehaciente del ilícito, entendiendo esta, según lo estableci-

¹³ Entre otros, Fernandez Delpech en un comentario preliminar al fallo disponible en www.hfernandezdelpech.com.ar/, y el propio miembro del tribunal, Dr. Diego Sanchez en su voto en disidencia

¹⁴ Disponible en texto completo en www.cij.gov.ar/nota-9778-Ordenan-a-Google-y-Yahoo--eliminar-resultados-de-busqueda-vinculados-a-la-actriz-Paola-Krum.html

do por el art. 7, como la comunicación de la medida cautelar otorgada por autoridad competente de acuerdo a lo previsto a lo normado por el art. 3 del proyecto¹⁵.

Otro proyecto presentado fue el del senador Jenefer de PJ jujeño. El texto, que al igual del proyecto Pinedo, resulta sorprendentemente breve, establece la responsabilidad de los ISP desde el momento en que hayan sido notificados en forma extrajudicial de la existencia de contenido dañosos. En tal caso el ISP *“deberá iniciar de inmediato todas las medidas necesarias para impedir el acceso de cualquier usuario a los contenidos cuestionados, siempre que éstos fueren objetiva y ostensiblemente ilegales, nocivos u ofensivos para la persona afectada. Asimismo, se deberá en este supuesto informar a la persona afectada, la identidad y domicilio del autor de los contenidos difundidos a través del ISP”*¹⁶

4 El caso Belén Rodríguez. Antecedentes

Como los otros casos similares comentados en el acápite anterior en el proceso se discute la responsabilidad de los buscadores de Internet por la invasión a la privacidad de un particular, la actora Belen Rodríguez, de profesión modelo, quien manifiesta que los resultados de búsqueda obtenidos por los demandados la vinculan a sitios de contenido sexual. Al mismo tiempo, se plantea una violación a su derecho a la imagen en cuanto a la utilización, por parte del buscador, de fotografías sin autorización publicadas por terceras partes, las que, reducidas en tamaño y resolución, son presentadas como resultado de la referida búsqueda bajo el nombre de thumbnails

El fallo de primera instancia¹⁷ condena a los buscadores a una indemnización monetaria por entender que existe un accionar negligente. Si bien rechaza la idea de una responsabilidad objetiva, entiende que la omisión de evitar el daño por parte de las demandadas a pesar de estar fehacientemente notificadas por la realización de la audiencia de conciliación, así como de la formación del incidente de cautelar, permiten imputar una responsabilidad con base al art. 1109. En tal sentido ha sostenido que *Si bien dichas empresas son proveedoras de herramientas de búsqueda -no de contenidos- advertidas por la afectada de que su sistema proveía en la lista de resultados hipervínculos a sitios de terceros que infringían los derechos a la intimidad y al respeto de los datos personales de la reclamante, por contar, como vimos, con todos los medios técnicos a su alcance, debieron sin demora proceder a impedir o bloquear cualquier tipo de acceso a los contenidos cuestionados, como finalmente lo hizo Yahoo! de Argentina S.R.L.*

¹⁵ Disponible en www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=8793-D-2010

¹⁶ Proyecto disponible en www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/277293/downloadPdf

¹⁷ Juzg Nac de Primera Instancia en lo Civil N 95, sentenciado 4/3/2010 disponible en www.hfernandezdelpech.com.ar

Tal comportamiento de las co-demandadas se debió entonces, utilizando las palabras de la ley, a una negligencia culpable, la cual en el caso de Google Inc., a no dudarlo ha expandido sus efectos hasta el presente.

Debe tenerse en cuenta que en el fallo de primera instancia el accionar de los buscadores debía satisfacer una pretensión de carácter difuso, como es bloquear todas las entradas que violen los derechos de las demandada y no solo aquellas que fueron denunciadas por la misma. De esta forma el fallo de primera instancia establece en el punto II de la sentencia que “...Dispongo la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen, y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de los buscadores *www.google.com.ar* y *www.yahoo.com.ar*”

El fallo de cámara revierte parcialmente lo establecido en primera instancia. El voto del vocal preopinante Doctor Sebastian Picasso, vuelve a reiterar el carácter subjetivo de la responsabilidad de los buscadores, estableciendo asimismo que la comunicación fehaciente no necesariamente debe consistir en una orden judicial, bastando la mera noticia del ilícito con el fin de establecer la necesidad de bloquear los contenidos.

Sin embargo y respecto a estos, el fallo de cámara limita la responsabilidad a los casos denunciados por la actora, rechazando la pretensión de una cautelar genérica. En tal sentido sostiene que “...Esta cuestión se relaciona con la discusión acerca de si basta con un pedido genérico (de retiro de todos los contenidos, cualquiera sea el sitio en el que se encuentren, que resulten perjudiciales para el peticionante), o si debe señalarse cada sitio web en particular. La pericia practicada en autos deja bien en claro que los eventuales filtros que puedan emplearse trabajan sobre palabras; lo que puede “bloquearse”, entonces, es la asociación de ciertos términos con otros...” “...la exclusión de determinadas palabras puede pecar por exceso (por ejemplo, eliminando también el acceso a páginas referidas a homónimos) o por defecto (porque pueden quedar fuera otros contenidos agraviantes en los que se expresen similares conceptos mediante el empleo de palabras distintas)”... “No puede admitirse, entonces, en principio, un pedido genérico de detección y retiro de ciertos contenidos, cualquiera sea el sitio en el que se encuentren”

Atento que ambos buscadores al ser notificados habían procedido a bloquear las direcciones denunciadas por la actora, el fallo rechaza la posibilidad de una indemnización basada en el art. 1109 del Cod Civil. Sin embargo, y respecto de google en particular, la existencia de los *thumbnails* se vuelve fuente de responsabilidad civil.

Segun la interpretación del fallo, la generación de estas imagenes implica su apropiación por parte del Google, quien las incorpora dentro de su página como un elemento apreciable para los terceros. Atento que la interpretación del art. 31 de la 11723 debe ser necesariamente restrictiva en cuanto a la amplitud de las autorizaciones dadas, resulta claro para el sentenciante que la empresa habría excedido el mero papel de indexador, reproduciendo sin autorización la imagen de la actora.

En tal sentido se establece “que el hecho de que la toma original, por parte de terceros, de las fotografías de la actora reproducidas por Google haya contado - en su momento- con el consentimiento de aquella, no eximía a la mencionada demandada de recabarlo nuevamente, pues es sabido que el consentimiento del interesado

para que se capte su imagen debe ser interpretado de manera estricta, de modo que el acuerdo dado para la utilización de una fotografía se limita al objeto para el cual fue prestado (esta cámara, Sala M, 7/8/2000 “Candelmo, Luis José c. Editorial Perfil S.A, s/cobro de sumas de dinero”); RIVERA, Julio C., Instituciones de derecho civil. Parte general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 116; EMERY, op. cit., p. 178)...En conclusión, Google ha utilizado y reproducido imágenes de la actora - reduciéndolas, almacenándolas, y publicándolas en su buscador de imágenes- sin su consentimiento, lo cual, en ausencia de un régimen especial que establezca una excepción para estos casos, resulta violatorio de lo prescripto por el art. 31 de la ley 11.723”

Por todo lo expuesto, el fallo de cámara modifica parcialmente el de primera instancia condenando a Google a indemnizar la apropiación de las imágenes y rechazando la demanda contra el buscador Yahoo.com

5 El fallo de Corte

La Corte Suprema resolvió finalmente el caso en octubre de 2014, luego de una serie de audiencias con la presencia de las partes y representantes de organizaciones intermedias como el Colegio de Abogados y especialistas en el campo, los que, bajo la figura del *amicus curiae*, establecieron las diferentes posturas doctrinarias en el tema¹⁸.

Tal como se expresó en la introducción de este trabajo, la resolución de la Corte Suprema define una cuestión como la responsabilidad de los buscadores que había sido objeto de fallos contradictorios en los tribunales inferiores. Sin embargo, no fue un fallo unánime, teniendo una disidencia parcial de los doctores Lorenzetti y Maqueda que resulta necesario analizar atento su importancia.

El fallo de mayoría, avalado por los doctores Highton, Fayt y Zaffaroni, rechaza la responsabilidad objetiva como factor de imputación, estableciendo un criterio subjetivo de base constitucional.

En este sentido el fallo relaciona la responsabilidad de los buscadores en forma directa con la libertad de expresión. De tal forma, los buscadores cumplen una función esencial al permitir la libre circulación de las ideas, principio consagrado en nuestra carta magna, por lo que toda interpretación que se haga desde el derecho civil debe necesariamente armonizar con los principios constitucionales.

Por tanto la sanción de una responsabilidad objetiva implicaría una limitación injustificable accionar de un tercero que, en principio, no ha tenido control editorial sobre los contenidos dañosos, con la consiguiente disminución en una actividad, en principio lícita. En tal sentido y manteniendo una analogía ya tradicional en la discusión la Corte ha sostenido que *“que responsabilizar a los “buscadores” -como principio- por contenidos que no han creado, equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido la localización de un libro de*

¹⁸ Al respecto ver <http://infojusnoticias.gov.ar/nacionales/google-en-la-justicia-censura-o-proteccion-de-datos-personales-4194.html>

contenido dañino, so pretexto que habría “facilitado” el daño. Más allá de que la sanción sería injusta, es muy probable que -de seguirse ese criterio “objetivo” de responsabilidad- terminarán cerrándose muchas bibliotecas, con gran perjuicio de los lectores”¹⁹

Si por tanto el Superior Tribuna sitúa la responsabilidad dentro del campo de la culpa cabe determinar cual es su conducta debida, es decir establecer en que momento comienza la obligación de bloquear los contenidos ilícitos y cual es la extensión de ese bloqueo, en cuanto a la posibilidad de bloqueos preventivos de enlaces no individualizados por la actora.

Respecto a la primera cuestión, el fallo diferencia entre aquellos contenidos manifiestamente ilícitos de aquellos donde sea necesaria la determinación judicial, obligando en el primer caso a bloquear los contenidos con la mera notificación extrajudicial, mientras que en el segundo se requerirá una orden judicial competente.

Asi el fallo establece que *“En ausencia de una regulación legal específica, conviene sentar una regla que distinga nitidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento, lo que registra antecedentes en alguna legislación...” “...en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al “buscador” que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces. Por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada”²⁰*

Este sistema, si bien resulta la solución de compromiso que quizás mas acerque a compatibilizar el principio de libertad de expresión con la necesidad de resguardar a los particulares, se aparta de la mayoría de los sistemas adoptados en la legislación comparada. Si bien la propia Corte la identifica como la solución utilizada por Portugal al momento de adecuar su legislación a las directivas de la Unión, lo cierto es que en la mayoría de los casos las legislaciones han optado por un sistema o el otro, como en el caso de España, Chile o como hemos visto en el caso de copyright, EEUU.

Un segundo problema respecto a la solución adoptada es la contenido de cada una de las categorías, es decir en que casos nos encontramos frente a un contenido manifiesta y groseramente ilícito. La propia corte realiza una enunciación en el considerando 18, la que algunos autores como Palazzi entienden exhaustiva²¹. Pero aun sosteniendo esta postura, la que el propio autor parece admitir no surge de la letra de la sentencia atento la utilización de la expresión “como” al momento de la enumeración, el contenido mismo de los hechos listados puede ser sujeto a debate. Asi, el

¹⁹ Considerando 16, citando 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

²⁰ Considerando 18

²¹ Palazzi, *Responsabilidad de los buscadores: Notice y Take down con sabor argentino*, en La ley, AÑO LXXVIII N° 209, pags. 1 y sigs

considerando 18 refiere a datos que “*faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de estos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas*”. En este acápite el autos antes citado incluye la información referente a DRM y hacking. En el primero de los casos, y sin intentar ahondar el debate que excede al presente, los mecanismos de limitación de los DRM no han sido declarados ilícitos por la mayoría de las legislaciones y son objeto de un acalorado debate respecto a la limitación que implican del *Fair Use*²². En el segundo, debe tenerse en cuenta que no todo acceso forzoso es ilícito sino solo aquel que se realiza sin autorización o excediendo la prestada, por lo la información técnica no puede ser catalogada per se como ilícita, bajo el riesgo, en un futuro próximo, de censurar toda información sobre cerrajería atento su posible utilización en un robo.

Respecto al extensión del bloqueo, el voto mayoritario adhiere al criterio de cámara en cuanto a la necesidad de individualización de los contenidos a bloquear. Pero mientras el fallo de cámara tenía un fundamento eminentemente técnico en base a la imposibilidad de filtrar correctamente a los resultados de homónimos, el fallo de corte suma una argumentación jurídica.

En este sentido el fallo juzgó que la aplicación de filtros implica una tutela preventiva a contenidos por suceder que comporta una restricción a la libertad de expresión, por lo que lo que estando en juego esta libertad rige la prohibición de censura previa y la aplicación en caso de daño de la doctrina de las responsabilidades ulteriores, principios que sólo pueden ceder en casos excepcionales, no reconociendo la Corte que el caso invocado justifique apartarse de estos principios.²³

Por último y respecto a la responsabilidad derivada de los llamados thumbnails, la corte rechaza el fallo de Cámara por entender que los mismos consisten solamente en una referencia del contenido generado por una tercera persona, por lo que no existe base para establecer un régimen legal diferente al utilizado para los aquellos contenidos expresados mediante texto.

Este criterio, junto con la posibilidad de establecer medidas precautorias son el fundamento de la disidencia parcial de los doctores Lorenzetti y Maqueda. En el primero de los temas, sostienen el criterio de Cámara respecto a la responsabilidad de los buscadores por los thumbnails entendiendo que la creación de los mismos constituye una apropiación sin autorización, la cual puede ser accedida por usuario. Esta característica técnica la diferencia de los contenidos texto e permite la aplicación de los establecido en el art. 31 de la ley 11723, generando la responsabilidad del buscador.

En opinión del autor de la presente, el mero fundamento técnico no aparece como suficiente para establecer un tratamiento diferenciado de los contenidos de texto. Mas teniendo en cuenta que estos últimos también son almacenados en forma automatizada por los crawlers de google, la cual es accesible cuando la página original se encuentra indisponible. Por ende, aparece como un contrasentido frente a una ilici-

²² A este respecto, entre otras la posición de la comunidad del software libre disponible en <https://fsfe.org/campaigns/gplv3/drm-and-gplv3.en.html>

²³ Considerando 22 y 23, fallo mayoritario

tud declarar la responsabilidad de un caso y eximirla en el otro cuando en ambos casos se ha generado una copia a los efectos de referencia.

Respecto a la posibilidad de una protección preventiva el fallo minoritario establece su procedencia, entendiendo que, en base a la obligación de evitar el daño, los buscadores deberían arbitrar los medios para filtrar aquellos contenidos. En tal sentido, “...mediante esta vía resulta posible que una vez corroborada la existencia de vinculaciones que claramente lesionan derechos personalísimos de una persona, esta pueda requerir judicialmente a los “motores de búsqueda” que, acorde con la tecnología disponible, adopten las medidas necesarias tanto para suprimir la vinculación del damnificado con enlaces existentes de idénticas características como para evitar que en el futuro se establezcan nuevos vínculos de igual tipo. ...De esta forma, la protección preventiva opera con independencia de una nueva efectiva configuración del daño en la esfera jurídica del titular, pues la sola amenaza causalmente previsible del bien jurídico tutelado habilita su procedencia”²⁴

6 Consideraciones finales

El fallo en el caso Rodríguez significó adoptar para el derecho interno un estándar compartido por la mayoría de la doctrina y legislación comparada al mismo tiempo que criterio de resolución de los numerosos casos que se encontraban pendientes. Así en el corto lapso entre la sentencia y el momento en que esto se escribe la corte ha mantenido los lineamientos de la sentencia en varias causas, incluso en el precedente Da Cunha²⁵.

Sin embargo en opinión de autor de la presente, existen cuestiones que todavía serán objeto de debates. En primer término, el ya mencionado estándar de “ilicitud manifiesta y grosera” es posible que sea fuente de litigio en aquellos casos en que esta calidad no sea palmaria, excepto en el hipótesis que, con el fin de evitar costos judiciales, los buscadores adopten una interpretación amplia de la figura y voluntariamente bloqueen los contenidos observados por los particulares

En segundo lugar, a pesar de haber sido mencionado y haber sido citado el director de la DNPDP como amicus curiae, el fallo no menciona nada respecto del derecho al olvido. Esta ausencia no ha pasado desapercibida para la doctrina²⁶ y constituye un tema a debatir en el futuro.

Por último, el autor no puede dejar de señalar que la propia dinámica de los miembros de la corte puede llevar a la variación de los criterios del fallo mayoritario. Atento la jubilación del Dr Zaffaronni y la avanzada edad del doctor Fayt es posible que pronto los autores de la disidencia se encuentren en condiciones de constuirse en

²⁴ Considerandos 29 a 35

²⁵ Al respecto, <http://www.diariojudicial.com/fuerocorte/El-fallo-Google-empieza-a-sentar-jurisprudencia-20150114-0004.html> de fecha 14 de enero del 2015, donde se da cuenta de la resolución de los casos Da Cunha y Lorenzo

²⁶ En particular, Tomeo, *Buscadores de internet un fallo historico*, en La ley, AÑO LXXVIII N° 209, pags. 1 y sigs

una nueva mayoría, lo que puede variar los criterios expuestos, en particular respecto de la posibilidad de cautelares o sentencias que orden un bloqueo genérico o preventivo de los elementos ilícitos.