



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN - PIA

**Responsabilidad Civil de los Motores de búsqueda y el
Derecho a la Intimidad en el marco del Ordenamiento
Jurídico Argentino.**

Rey, Rodrigo Tomás
DNI N° 35.090.130
Legajo N°VABG45802
Abogacía
2019

Resumen

El uso de internet ha crecido vertiginosamente en los últimos años y su implicancia en las relaciones sociales tanto como jurídicas ha seguido el mismo ritmo. Estamos viviendo un fenómeno migratorio; del mundo real al virtual. Comercio electrónico, redes sociales y mensajería instantánea son algunos de estos grandes avances que se presentan como “superadores” a otras modalidades caídas en desuso.

Los motores de búsqueda constituyen una de las herramientas más utilizadas en la navegación de internet. Constituyen un sistema encargado de rastrear archivos almacenados en servidores web mediante la identificación de palabras claves o “keywords”. empleadas por el usuario que realiza la búsqueda y re-direccionándolo a estos sitios.

El presente trabajo de investigación estará orientado a determinar en qué supuestos existe responsabilidad civil de los motores de búsqueda por los datos y/o imágenes enlazados en sus portales e indagar si existe riesgo potencial a la vulneración de la libertad de expresión en la hipótesis de una tutela preventiva del derecho a la intimidad y honor. Intentará, también, determinar si existe obligación general de monitoreo, por parte de los motores de búsqueda, del contenido que las webs alojadas en los mismos, generan, recopilan y/o almacenan.

Palabras Clave

Motores de búsqueda – contenido indexado – responsabilidad civil – keywords – internet

Abstract

The use of internet has experienced a dramatical development in the last years and on it implication in social relations. We are living a migratory phenomenon, in which the tangible world is migrating into the virtual one. Electronic commerce, social networks and instant messaging are some of these great advances that are presented as an "overreaching" step over other modalities that have fallen into desuse.

Search engines constitute one of the most used system when browsing the web. They are a system responsible for tracking files stored on web servers by identifying keywords used by the user who search's and redirecting to these sites.

The present proyect will be oriented to determine in what cases there is civil responsibility of the search engines for the data and images linked in their portals and to investigate if there is a potential risk to the violation of the freedom of expression in the hypothesis of a preventive protection of the right to privacy and honor. It will also try to determine if there is a general obligation of monitoring, by the search engines, of the content that the webs hosted on them, generate or collect.

Keywords

Search engines - indexed content - civil responsibility - keywords - internet

Índice General

Introducción General.....	7
 Capítulo I: Aproximaciones Técnicas. Derecho y Nuevas Tecnologías.	
1. Internet: Conceptos básicos y su implicancia en el mundo “off-line: El cambio de paradigma.	9
2. Los motores de búsqueda: Los intermediarios de internet: Keywords: Indexación sin límites.....	10
3. La regulación de Internet en Argentina.....	11
4. Derecho a la intimidad, la libertad de expresión y los documentos internacionales...13	
4.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos	13
4.2 Pacto San José de Costa Rica.....	14
4.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	16
5 Recepción Constitucional.....	16
6 Distintas teorías en el Derecho Argentino.....	17
6.1 Restricciones a la libertad de expresión y el principio de la libertad	

de contenidos.....	17
6.2 Doctrina de las responsabilidades Ulteriores	18
7 Libertad de Contenidos y censura previa: paralelismo con el derecho europeo y anglosajón.....	24
8 Diversidad de Contenidos en Internet.....	25

Capítulo II: Responsabilidades Derivadas de Internet

1. Responsabilidad de los proveedores de contenido y de los titulares de sitios.	28
1.1 Responsabilidad en Argentina.....	31
1.2 El Código Civil y Comercial de la Nación: Responsabilidad y Prevención	35
1.3 Responsabilidad en el derecho Anglosajón y Europeo.....	38

Capítulo III: Jurisprudencial en Argentina.

1. Caso Rodríguez, María Belén c/Google Inc.....	42
2. Caso Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina SRL y Google Inc	51
3. Caso Solaro Maxwell, María Soledad c/Yahoo de Argentina SRL.....	55
4. Caso Jujuy.com.....	61

5. Caso Galera.....	64
6. Conclusiones Finales	66
7. Bibliografia.....	68

Introducción General

Estamos inmersos en una Era Digital y es casi innegable el auge de las nuevas tecnologías. Internet ha llegado para quedarse y su evolución parece no tener límites; acelerar procesos, economizacostos y edifica comunidades virtuales con nuevas reglas. Sin dudas internet dejó de ser una simple herramienta para transformarse en un recurso vital, de acelerada evolución.

Ahora, la pregunta es; ¿Estamos capacitados para seguirle el ritmo? El primer paso de una introspección sería reconocer que, entre el mundo digital y el mundo real, ya no existen fronteras. En la actualidad, y cada vez con más frecuencia, desde la celebración de un contrato de compra-venta hasta la perpetuación de un delito, puede tener lugar en la red. Cada vez es más común noticiarnos de alguna filtración de imágenes, chats o material de índole privado en Internet. Ya sean fotografías de una pareja reconocida en el mundo del espectáculo, víctimas de un “efecto viral” o la simple presencia de material no autorizado, estamos en presencia de una ilegítima intromisión en su vida privada y el medio utilizado para propiciar el daño ha sido la red.

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis sobre la responsabilidad civil de los motores de búsqueda por el contenido indexado en sus plataformas, determinar la vinculación y límites existentes entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión en internet, su protección legal vigente y la jurisprudencia aplicable en nuestro país.

En el Capítulo I se abordará los conceptos básicos para comprender el funcionamiento de los motores de búsqueda y su rol de intermediarios en internet. En términos legislativos, se ahondará sobre la ley 26.032 y el Decreto 554/97, única regulación vigente en Argentina. Analizaremos la garantía constitucional de libertad de expresión y prohibición de censura previa, con sus potenciales coaliciones con otros derechos fundamentales y la doctrina de responsabilidades ulteriores. Analizaremos, también, los tratados internacionales de jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto San José de Costa Rica, entre otros, en un paralelismo con instrumentos del derecho comparado como la Multimedia Act del derecho alemán y la Digital Millennium Copyright (DMCA) del derecho anglosajón.

En el Capítulo II se abordará la responsabilidad de los proveedores de contenido y titulares de los sitios indexados, como así también la de los propios motores de búsqueda. También se analizará la regulación vigente en nuestro país, respecto a dicha responsabilidad como así también la aplicabilidad subsidiaria de nuestro Código Civil y Comercial.

En el Capítulo III se profundizará el análisis jurisprudencial de los leading case en materia digital, como el caso Jujuy.com y Rodríguez, María Belén c/Google Inc, entre otros. Analizaremos las posturas de diferentes autores y operadores jurídicos especializados en derecho digital como así también los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad de dichos “portales” sobre el contenido indexado y los supuestos de procedencia, buscando profundizar sobre una materia adeudada y que, sin dudas, requiere con urgencia de un aporte legislativo que establezca un marco regulatorio claro en internet por su innegable implicancia en la vida del siglo XXI.

Capítulo I: Aproximaciones Técnicas. Derecho y Nuevas Tecnologías.

1. Internet: Conceptos básicos y su implicancia en el mundo “off-line”. El cambio de paradigma.

Estamos inmersos en la era digital, este es un hecho innegable. Con el surgimiento de las nuevas tecnologías, el internet ha llegado para quedarse y parece no tener límites. Son innumerables las bondades que este recurso nos proporciona; acelera procesos, eficientiza costos y alcance de comunicación transformándose en un recurso vital, de acelerada evolución. El mundo digital y el mundo real, ya no existen fronteras.

El término Internet es la contracción de Inter-Network (entre redes) y su origen se remonta al Siglo 20, en Estados Unidos. Internet es así una red de redes de ordenadores instaladas en diferentes partes del mundo e interconectadas entre sí mediante líneas de comunicación de alta velocidad. Una red abierta y pública que permite el intercambio de datos entre los cinco continentes, posibilitando el acceso e intercambio de toda clase de contenidos. (Delpech, 2016)

Internet no fue siempre el mismo, su proceso evolutivo se remonta a la Web 1.0 con páginas estáticas programadas en HTML, se los denomina “estáticos” porque a diferencia de hoy en día, donde el contenido es compartido, en aquél entonces en la red solo podíamos ver lo que el sitio programaba. Una red dinámica o Web 2.0 es nuestro presente; interacción, creación de

contenido bilateral y grandes comunidades virtuales son una radiografía de este internet 2.0. (Redes sociales, los blogs, la Cloud Computing, wikis, Podcasts, entre otros)(Delpech, 2016)

Casi como una moda, internet fue ganando terreno en cada una de las áreas de nuestra vida cotidiana, la línea telefónica y los olvidados SMS perdieron terreno frente al innovador WhatsApp, las redes sociales revolucionaron la forma de relacionarse con amigos, familia, colegas. La publicidad estática se vio reemplazada por una dinámica y digital, naciendo así los nuevos mercados, las nuevas herramientas para dar soporte a esta tendencia de digitalización social, que ya no concibe la idea de vida “off-line” sin ser atravesada, en alguna medida, por internet.

2. Los motores de búsqueda: Los intermediarios de internet. Keywords: Indexación sin límites.

Hablando de herramientas que nos provee Internet, sin dudas los motores de búsqueda constituyen una de las más trascendentes. Cuando hablamos de compartir contenido, transmisión de datos y celeridad, con seguridad estamos hablando de las características de Google o Yahoo!, plataformas utilizadas por los usuarios para acceder al contenido de toda la red a solo un clic, proporcionándoles respuestas mediante un cálculo de relevancia y mostrándoles resultados óptimos. La importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda en el funcionamiento de Internet resulta indudable. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al señalar que "la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos" (conf. "Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González",

sentencia del 13 de mayo de 2014). Estamos hablando de un Software, un programa que localiza y almacena contenidos en internet, una gran base de datos categorizada en base a palabras claves. Consta principalmente de cuatro elementos a saber; una interfaz para el usuario para hacer peticiones de búsqueda, un spider que busca la información en Internet, un algoritmo que conecta las peticiones de los usuarios con la base de datos y una base de datos donde se han indexado todos los contenidos. En este proceso, los motores crean listados de páginas web utilizando sus spiders a través de técnicas de web crawling y después organizan la información encontrada, creando índices de los contenidos en la web. Una vez que el robot o spider, también conocido como web crawler, encuentra la información, se crea un índice (Indexación) con la información esencial de la página web que se almacena en su base de datos y que únicamente será mostrado a cuando realicemos una búsqueda en el motor. (www.posicionamiento.mx, 2014)

De los conceptos esbozados hasta el momento deriva que, inmersos en una red interconectada de información con millones de usuarios generadores de contenido, las tareas principales de un motor de búsqueda son clasificar, almacenar y administrar datos, actuar de intermediario entre usuarios generadores y usuarios consumidores.

3. La regulación de Internet en Argentina

Frente al panorama antes descripto, parece ineludible determinar los márgenes de autonomía de cada nación frente a internet, una regulación clara en términos globales que protejan los derechos individuales en el ámbito de las comunicaciones e internet y determinen responsabilidades, delimitando así los campos de acción.

En Argentina contamos con una normativa tanto acotada como dispersa. En orden cronológico, el Decreto 554/97, en sus considerandos señala algunas afirmaciones que sin lugar a dudas son un importante punto de partida.

Internet representa un claro paradigma de las mejores promesas de la sociedad global, esto es, la existencia de un soporte ubicuo, flexible, abierto y transparente para el intercambio y difusión de ideas, información, datos y cultura, sin cortapisas ni censura de ninguna especie. (Decreto 554/97, InfoLeg)

Esta red mundial no puede ser sospechada, de manera alguna, como un elemento de control social o de indebida injerencia en la intimidad de las personas o familias debido, fundamentalmente, a dos grandes factores constitutivos: a) su interactividad, y b) la libre elección de contenidos e información. (Decreto 554/97, InfoLeg)

La ley 26.032 (Mayo 18 – 2005) en su Art. 1, establece:

La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de las garantías constitucionales que ampara la libertad de expresión. (Ley 26032, Art 1, InfoLeg – 2005)

Desde entonces queda zanjada la cuestión de si a internet lo alcanza o no una garantía tan importante como la de la libertad de expresión. El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental receptado y afirmado por los principales acuerdos internacionales,

garantizando una necesaria y libre circulación de información, cuidando el interés público. Internet se ha convertido en un epicentro de las comunicaciones, medio eficaz de transferencia de información sin límites. A través de Internet se pueden transmitir toda clase de contenidos, lícitos o ilícitos, entrando en discrepancias sobre la aplicabilidad de la libertad de expresión o establecer mecanismos de control que recaigan sobre los contenidos compartidos en la red. (Delpech, 2016).

4. Derecho a la intimidad, la libertad de expresión y los documentos internacionales.

4.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, fue el primer documento internacional que proclamó la libertad de expresión.

Toda persona tiene el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia. (Art. 18)

También en su Art. 29 establece:

En el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de la sociedad democrática. (Art. 29)¹

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos, proclamando el derecho de todo individuo a la libertad de expresión y opinión.

4.2 El Pacto San José de Costa Rica

El Pacto de San José de Costa Rica aprobado en la Conversión Americana de Derechos Humanos el 18 de julio de 1978 (Ley 23054) también nos aporta avances en materia de libertad de expresión:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Art.1)

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (10/12/1948)

Y en su Artículo 13 reafirma este derecho a la libertad de expresión y la prohibición de censura previa:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. (Art. 13, inc. 1)

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (Art. 13, inc. 2)²

No se puede restringir el derecho de expresión por vía o por medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (Inc. 3)

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2. (Inc. 4)

² Pacto San José de Costa Rica (22/11/1969)

4.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

A su vez, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también sienta un precedente:

Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de elección. (Art. 19, inc. 1 y 2)³

En síntesis: La libertad de expresión tiene en estos documentos internacionales plena vigencia para todos los medios de comunicación, incluyendo la red de Internet. Esta libertad de expresión no puede ser absoluta, con la posibilidad de existir ciertas restricciones sin llegar a la censura previa, sino a las responsabilidades posteriores (Delpech, 2016)⁴

5. Recepción Constitucional del derecho Internacional

Con la Reforma Constitucional de 1994, el Art. 75 inc. 22 enumera una cierta cantidad de tratados que gozan de jerarquía constitucional, nómina que podría ser engrosada más adelante con otros tratados de Derechos Humanos. Así, estos documentos que gozan de jerarquía constitucional, sean enunciados explícitamente en el texto constitucional o gozando de esa preeminencia por posterior decisión del Congreso, contienen derechos tutelados de carácter

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (16/12/1966)

⁴ Horacio Fernández Delpech, Manual de Derecho Informático, ABELEDOPERROT - 2016

inalienables. Allí, en este contexto, se encuentran los conceptos abordados supra; la libertad de expresión y su límite, la censura previa, la búsqueda de ese equilibrio que no es otro que el que cualquier sociedad democrática y libre necesita, que hacen al desarrollo de la persona en su plenitud. El acceso a internet no solo viene fortalecer estas garantías, sino también a brindar seguridad, celeridad y acceso libre sin límites territoriales, aspectos que sin lugar a dudas aportan al crecimiento de cualquier sociedad.

6. Distintas teorías en el Derecho Argentino.

6.1 Restricciones a la libertad de expresión, censura previa y el principio de la libertad de contenidos.

La Constitución Nacional, desde su texto originario en 1853-1860, contiene tres disposiciones en su articulado referidos a la aplicabilidad de la censura previa judicial, esto es la censura impuesta por vía de resolución o sentencia judicial fundada en ley. Estos artículos de nuestra Carta Magna, son el artículo 14, según el cual;

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; .. de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. (Art. 14, CN)

El artículo 32, que establece:

El congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal. (Art. 32, CN)

Y el artículo 33, que añade;

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (Art. 33, CN)

La protección constitucional no se limita a la publicación de ideas u opiniones, sino también cualquier tipo de información sin importar su medio de divulgación, ya sea la prensa, internet o cualquier otro medio de comunicación. Esto se desprende del mencionado artículo 32 de la Constitución Nacional que alude a libertad de imprenta en forma genérica y no susceptible de reglamentación, impidiendo así a las autoridades públicas controlar o restringir la publicación o circulación de la prensa y, por extensión, a la libertad de expresión en una interpretación dinámica de nuestra Carta Magna que, teniendo en cuenta que a la hora de su redacción no existían medios de comunicación distintos de la prensa, no los incorporó taxativamente en el texto.⁵

Frente a situaciones en donde estén en juego derechos personalísimos como el honor de un individuo y la garantía constitucional genérica de libertad de expresión y la consecuente prohibición de censura previa, pareciera ser prioritaria esta última. Ello se desprende no solo del texto constitucional, que si bien no es taxativo en cuanto a los medios, si es claro respecto a los fines. La libertad de expresión es sin dudas la piedra basal del sistema democrático y aunque la casuística nos presente como justos los motivos para, según el caso, interferir en la publicación

⁵<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-15.pdf>

de contenido injurioso o prohibir la presentación de determinada información respecto de una persona que se siente vulnerada en sus derechos, pareciera lógico pensar que disuadir este principio para dar lugar al reclamo provocaría daños colaterales más graves aún a la sociedad en su conjunto. Así cualquier acto previo, incluso judicial, tendiente a priorizar derechos fundamentales como el honor, la intimidad o intereses legítimos de los ciudadanos frente a la libertad de expresión pareciera a ojos de la doctrina, inconstitucional.

Respecto a la censura previa legal, encontramos en el artículo 13 inciso 4 del Convención Americana sobre Derechos Humanos, o también llamado Pacto San José de Costa Rica, una excepción a la prohibición general de censura previa, admitiendo la misma solo en materia de espectáculos públicos y con el único fin de regular el acceso para la protección moral de la infancia y la adolescencia;

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2 (Pacto San José de Costa Rica, Art. 13 inc. 4)

También podría entenderse otra excepción a dicha prohibición, la contemplada en el artículo 5 del instrumento mencionado, que dice;

Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo

de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. (Pacto San José de Costa Rica, Art. 13 inc. 5)

Sin embargo, el inciso precedente solo establece la prohibición de propaganda a favor de la guerra y toda apología del delito, sin dejar claro si frente a estos casos sería aplicable una censura previa legal.

El concepto de “idea” enunciado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, dice Delpech⁶ se ha hecho extensiva, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia Argentina, al igual que en la totalidad de los documentos internacionales, a las información e ideas de todo tipo.

La Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado, estableciendo que “no todo lo que se difunde por la prensa o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio goza del amparo otorgado por la prohibición de censura previa sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas”⁷

Tal es la adhesión al principio por parte de la jurisprudencia, que ha llegado al consenso de que no corresponde censura previa ni aún en el caso de que la publicación implique la comisión de un delito, en tal supuesto solo es posible juzgar las responsabilidades con posterioridad al acto, con fundamento en las responsabilidades de cada delito. (Caso Verbitzky C. Nac. Crim. y Correc. Fed. Sala I, noviembre 10 de 1987). La verdadera esencia de la libertad de prensa, radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas sin censura previa, sin previo control de autoridad sobre que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como medio para cometer delitos.⁸ La locución prensa siempre tomada como medio de transmisión de información, sin lugar a dudas analogía

⁶(Delpech, 2016) p 171.

⁷ Fallos 315:1943, año 1992, ED 149-245

⁸ CS, 20/10/1998, “Menem, Eduardo C. Sanz Tomás, M y otros” LL2000-D-519

que debería ser subsanada a estas alturas, ya que la prensa como la conocíamos sin lugar a dudas ha superada por las nuevas tecnologías que no solo aceleran los tiempos de transmisión, sino que con ello también dificultan cualquier posible monitoreo, algo que sin dudas implícitamente refuerzan la garantía abordada.

Concretamente, Argentina al igual que muchos países, se ha adherido al principio de libertad de contenidos en Internet. Aún con normas legales escasas, el decreto 1279/1997⁹ y la ley 26.032¹⁰(como ya fuera adelantado) refieren específicamente;

El servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación. (Decreto 1279/1997, art. 1)¹¹

Por su parte, la Ley 26.032 dispone;

...la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. (Artículo 1)

Es destacable que, aún con acotada legislación referente, la censura previa está vedada no solo a autoridades judiciales, sino también ejecutivas. Ningún órgano de poder puede ejercer y aplicar la censura previa independientemente de su causa, ni aún en los casos de prevenirse la

⁹ BO 1/12/1997

¹⁰ BO17/6/2005

¹¹ Fundamento en los art. 14,32 y 42 de la Constitución Nacional.

comisión de un delito o tutelar contra cualquier supuesta amenaza de algún bien jurídico (vida, intimidad, honor, etc). Esto significa que los tribunales judiciales no gozan de disponibilidad prohibitiva anticipada.¹² Cualquier licencia respecto a la prohibición absoluta de censura previa implicaría una ventana a la posibilidad de revisión, vulnerando así las raíces de este principio fundamental, protegido no solo por nuestra Carta Magna sino también por numerosos documentos internacionales. Toda responsabilidad en la que se exhiba la relatividad de la libertad de expresión, sólo puede ser posterior a su ejercicio. (Bidart Campos, Germán, 2000)

6.2 Doctrina de las responsabilidades Ulteriores

Esta doctrina es formulada por el Artículo 13 del Pacto San José de Costa Rica, párrafo segundo, donde establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar.¹³

¹² Bidart Campos, German, “Medios de comunicación en la Democracia. Libertad de expresión, empresa, poder social, proyección institucional” Revista de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, año 1, número 1, pag. 17 (Enero, 2000)

¹³ Artículo 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto San José de Costa Rica.

La doctrina de las responsabilidades ulteriores implica que cada uno puede escribir, publicar o subir contenidos en base a la libertad de expresión garantizada por la Constitución, y si estos resultasen difamatorios, ofensivos o lesivos a los derechos de terceros o configurasen un ilícito o causaren un daño, será la Justicia quien determine la responsabilidad de la persona y en su caso, el resarcimiento por daños y perjuicios. (Delpech, 2016).

La libertad en el uso de Internet, analógicamente comprendido en la libertad de expresión y su correspondiente prohibición a una censura previa, nunca puede traducirse en una total impunidad para quien mediante su uso, viola la ley o daña a terceros. La única restricción autorizada sería la imposición de responsabilidades ulteriores, previamente establecida por la ley y siempre en miras de asegurar el respeto de los derechos a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud, o la moral públicas.¹⁴ Resulta útil entonces reconocer dos momentos en el ejercicio de la libertad de expresión, el inmediatamente anterior a su manifestación, independientemente del medio empleado, plenamente amparado y garantizado por la ley y exenta de censuras, y el inmediatamente posterior, ya si sujeto a potenciales responsabilidades tanto civiles, como penales, llegado el caso con una reparación eventual a la lesión de derechos ajenos.¹⁵

7. Libertad de contenidos y censura previa, paralelismo con el derecho europeo y anglosajón.

¹⁴ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1998, Capítulo 2 B IV. (16 de Abril 1999) <http://www.cidh.org/annualrep/98span/Volumen%20III%20Indice.htm>

¹⁵ Bidart Campos, Germán – Manual de la Constitución.

La libertad de los contenidos en Internet ha sido objeto de un amplio debate en Estados Unidos, la Communications Decency Act (CDA, 1996) ratificada como ley federal el 8 de febrero de 1996 establecía las responsabilidades penales de quienes transmiten vía Internet material obsceno o indecente destinado a menores. El acta fue impugnada judicialmente por la American Civil Liberties Union, sosteniendo que la misma era inconstitucional por violar la libertad de expresión consagrada por la Constitución Norteamericana. El caso llegó a la Corte Suprema el 26 de junio de 1997, con fundamento en la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana, se declaró inconstitucional por considerar que al imponer restricciones a la difusión por Internet del contenido que fuese, en este caso de índole sexual, vulneraba el derecho a la libre expresión, implicando censura ilegal.¹⁶ De lo expuesto se desprende la contraposición de bienes jurídicos protegidos y que, aún en la legitimidad e importancia de la meta legislativa de proteger a la niñez de los materiales peligrosos, coincidimos en que el estatuto limita la libertad de expresión y que el Gobierno no tiene dicha potestad.¹⁷

En Europa se discute actualmente el carácter de los contenidos de internet como así también la aplicabilidad del principio de libertad de expresión en internet. Parecen recurrentes los casos en donde el contenido compartido en internet es la pornografía y sobre todo, infantil. En este último supuesto, en algunos países europeos es tal la gravedad con la que se la entiende que se ha llegado a permitir la censura previa al respecto. Sin embargo, su postura en la generalidad de los casos es la de no prohibir, limitar y mucho menos censurar los contenidos, aunque los mismos puedan llegar a menores.

¹⁶(Delpech, 2016) Libertad de Expresión y Libertad de Contenido en Internet, p. 167.

¹⁷Jijina, Leiva, Renato Javier, “Contenidos de Internet: Censura o Libertad de Expresión, Asociación Chilena de Usuarios de Internet, <http://www.mass.co.cl/acui/leyes.jijena2.html>”

8. Diversidad de Contenidos en Internet.

Mientras Internet es el “como”, el contenido es el “que”. Hasta el momento venimos hablando de la inviolabilidad de la libertad de expresión y, junto con ella, la prohibición de censura previa, parece inútil analizar que variabilidad pueden llegar a sufrir ambos principios en función al tipo de contenido. Sin embargo, Delpech (2016) en su Manual de Derecho Informático nos plantea que es necesario distinguir tres tipos de contenidos pasibles de ser encontrados en la red;

- *Contenidos que afectan a la dignidad humana que se encuentran prohibidos por la ley y que son pasibles de censura*
- *Contenidos que afectan la dignidad humana prohibidos o no prohibidos por la ley, que no admiten censura*
- *Los contenidos inadecuados y perjudiciales para los menores.*

Al referirnos a la primera categoría, podemos decir que no puede considerarse a la libertad de expresión como un derecho absoluto, sino que admite restricciones para acomodar su ejercicio con los derechos de los demás, la seguridad y el bien común. Estas restricciones frente a conductas definidas legalmente como generadoras de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión, dan lugar a su censura previa. En nuestra legislación no existe norma alguna que posibilite dicha censura previa, sin embargo por aplicación del Art. 13 inc. 4 del Pacto San José de Costa Rica, es admisible como única excepción la censura previa de los contenidos pornográficos de menores de edad;

Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.¹⁸

Entonces, frente a la hipótesis de la existencia de contenido en la red que afecta inequívocamente la dignidad humana de los usuarios, en cualquiera de sus formas y advirtiéndose los mismos, aun pudiéndose evitar su difusión estaríamos limitados a hacerlo por esta garantía que protege un bien jurídico más preponderante, quedando únicamente bajo la órbita de las responsabilidades ulteriores. Solo encontramos la excepción regulada por el Pacto San José de Costa Rica, referente a los espectáculos públicos con la finalidad de proteger la moral de la infancia y la adolescencia.

En la segunda categoría planteada, podemos encontrar conductas como incitación y apología del odio, de la discriminación, de la violencia racial o religiosa o del consumo de alcohol o drogas, que pueden ser también objeto de contenido en Internet y aun afectando la dignidad humana y pudiendo configurar un delito, no existe legislación clara y precisa en nuestro ordenamiento jurídico que le dé un marco restrictivo o admita censura previa. Ya lo ha dicho la corte, la censura previa no es admisible ni aún en los casos que la publicación implique la comisión de un delito, cobrando importancia, como ya dijimos, la doctrina de las responsabilidades ulteriores.(Delpech, 2016)

¹⁸ Pacto San José de Costa Rica, Art. 13 inc. 4

En la tercera categoría podríamos incluir la pornografía de menores de edad y la pornografía de mayores a la que pueden acceder tanto mayores como menores. Entran en juego sin dudas factores subjetivos de calificación moral y sin lugar a dudas compete a los padres del menor determinar si tales contenidos son pasibles de censura previa. Claro está, por todo lo antes dicho, que el estado no puede atribuirse dicha facultad so pretexto de sus fines, coartando así la libertad de expresión.

En la última categoría se encuentran los contenidos audiovisuales transmitidos en vivo vía internet o cargados y transmitidos vía Streaming. Sería digno de analizarse la posibilidad de equipararlos con los espectáculos públicos a los que hace referencia el Art. 13, inc. 4 del Pacto San José de Costa Rica. Allí, el mencionado inciso, exceptúa a los espectáculos públicos frente a la prohibición general de censura previa, siempre con el objeto de la protección moral de la infancia y la adolescencia. Pareciera entonces que tendríamos que estar frente a contenido potencialmente dañino o que vulnere la inocencia de menores de edad y estos, tener libre acceso a dicho contenido. La analogía del caso no parecería descabellada, teniendo en cuenta que cada vez son más los shows, espectáculos o festivales que utilizan este medio para su transmisión.

Capítulo II: Responsabilidades Derivadas de Internet.

1. Responsabilidad de los proveedores de contenido y de los titulares de sitios.

En los apartados precedentes analizamos la garantía de libertad de expresión y la prohibición de censura previa como también así profundizamos sobre los tipos de contenido que pueden volcarse en la red. En esta sección nos toca adentrarnos ya concretamente en los denominados motores de búsqueda y su rol de intermediarios en la difusión de la información. Cada vez con más frecuencia escuchamos de alguna filtración de imágenes, chats o material de índole privado en la red. Ya sean fotografías, comúnmente de personalidades reconocidas en el mundo del espectáculo víctimas del efecto viral o por qué no, la simple presencia de material no autorizado de un ciudadano cualquiera. La realidad que la casuística es variada, pero en todos estos casos estamos frente a una ilegítima intromisión en su vida privada y el medio utilizado para propiciar este daño, ha sido internet.

Los motores de búsqueda (Google, Yahoo!, entre otros) surgieron con la necesidad de clasificar y almacenar la información en pleno auge de internet. Programas de software o sistemas informáticos que trabajan buscando todos los archivos almacenados en internet a través de arañas o crawlers para elaborar páginas de resultados que sirvan para que los usuarios accedan a webs tras realizar una búsqueda de una o varias palabras claves. Una herramienta sin dudas sumamente útil tanto para la difusión como para el acceso de la información pero que también ha dejado tela para cortar en nuestra jurisprudencia. Tal es el caso de “RODRÍGUEZ

MARÍA BELÉN C/ GOOGLE INC. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”¹⁹, la actora promovió una demanda por daños y perjuicios contra Google Inc. y Yahoo! de Argentina SRL, alegando que se había procedido al uso comercial y no autorizado de su imagen y que, además, se habían avasallado sus derechos personalísimos al habérsela vinculado a determinadas páginas de Internet de contenido erótico y/o pornográfico.

Varios son los partícipes que intervienen a diario en el proceso de internet; usuarios, proveedores de servicio, generadores de contenido, entre otros. Frente a estos casos donde una o varias personas se ven vulneradas en sus derechos más íntimos es donde corresponde identificar la responsabilidad que le compete a cada uno de los actores que intervienen en la incorporación y transmisión de ese contenido, frente a la cual deberán responder posteriormente al acto por la doctrina de la responsabilidad ulterior. (Delpech, 2016)

Las únicas normativas relacionadas con el carácter de los contenidos, en Argentina, son el decreto 1279/1997 y la Ley 26.032, que con un texto casi idéntico establecen que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.²⁰ Dicho de otra forma, existe una amplia libertad de incorporación o transmisión de contenidos en Internet, resguardando así la garantía de libre expresión, pero si en un abuso de esa libertad se causa un daño a terceros, se deberá responder por la doctrina de responsabilidades ulteriores.

Adentrándonos en las responsabilidades ulteriores, parece imprescindible identificar ahora si a los partícipes. *Los proveedores del contenido* son aquellos encargados de la generación de la información, artículo, nota o imagen volcada en internet. *Los titulares de los*

¹⁹ Corte Suprema de la Nación, Capital Federal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 28 de Octubre de 2014.

²⁰Decreto 1279/1997 y la Ley 26.032

sitios son quienes seleccionan el contenido a publicarse, siendo este de terceros, o bien llevan adelante no solo la selección, sino también la creación de los mismos. Los contenidos propios son información cuya propiedad intelectual les pertenece, existiendo también la vinculación con contenido generado por terceros a los que se llega por hipervínculo. Así los proveedores del contenido como los titulares del sitio son plenamente responsables. Los primeros desde su rol de generadores de un contenido ilícito, los segundos son plenamente responsables por los contenidos propios incorporados y responden por la ilicitud de los mismos y en el caso que el contenido sea de terceros, su responsabilidad es tal desde el momento en que son conocidos por él y son incorporados a la página. La responsabilidad es diferente en ambos casos, en el primer caso hablamos de una responsabilidad directa objetiva y en el segundo una responsabilidad subjetiva. (Delpech, 2016)

Si el contenido del sitio es suministrado por terceros, estos son responsables, a menos que el titular del sitio conociera su carácter de ilícito e incurriese en una omisión al no eliminar el contenido nocivo a petición de parte interesada o autoridad. La responsabilidad puede ser tanto de orden civil como penal y a falta de normativa específica de Internet, debemos recurrir a normas generales para encuadrar la responsabilidad.

Al analizar la responsabilidad de los proveedores del servicio, debemos delimitar su naturaleza jurídica, si consideramos que estos son editores tendrían una responsabilidad por esos contenidos incorporados ya que por su rol tienen no solo la facultad sino la responsabilidad de controlar el contenido.²¹ Si los consideramos meros distribuidores de información no tendrían responsabilidad alguna ya que es imposible pretender que haya un control minucioso sobre la gran cantidad de información que transmite o aloja en su servidor.

²¹ Villate, Javier, “Censura Privatizada: ¿Quiénes son los editores en Internet? Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI) N° 3 Octubre de 1998

Algunos autores arriban a la conclusión de responsabilidad de los proveedores del servicio invocando la Teoría de las equivalencias de las condiciones, analizando la cadena causal de acontecimientos que intervienen en la producción de un daño en Internet, una de las causas necesarias ha sido la intervención de los Proveedores del Servicio, quienes mediante la transmisión y/o el almacenamiento han facilitado la búsqueda interviniendo en forma necesaria en la cadena causal. Todos los factores causales concurrentes a la producción de un daño implican la responsabilidad de sus agentes.

1.1 Responsabilidad en Argentina

En nuestro derecho no encontramos una norma específica en materia de responsabilidad resultante de internet, aun así existen algunos antecedentes de intentos legislativos al respecto, como el Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico para la República Argentina, que contemplaba aspectos de la responsabilidad de los *proveedores de servicio*, estableciendo;

*El prestador de servicios intermediarios de transmisión de datos no serpa responsable por el contenido de las comunicaciones que transmite sino es él mismo el originante, ni es él mismo quien seleccione al destinatario; ni es él mismo quien selecciona o modifica los datos transmitidos.*²²

Con relación a *los proveedores de alojamiento* preceptuaba;

²²Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico para la República Argentina, Jorge Capitanich, 2006.

El prestador de servicios intermediarios no será responsable por el contenido de los documentos almacenados, si: a) desconoce que el contenido de la información es ilícito; b) retira o bloquea el acceso a la información inmediatamente de tomar conocimiento de su carácter ilícito.

Y respecto a la obligación general de monitoreo, establecía;

Inexistencia de obligación general de supervisión. Los prestadores de servicios intermediarios no están obligados a supervisar los datos que transmiten y almacenan; ni están obligados a realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que, en el ámbito de los servicios que prestan, indiquen la existencia de actividades ilícitas.

El Anteproyecto nunca fue tratado por el parlamento Argentino, fue una iniciativa legislativa importante para posteriores intentos regulatorios; en 2009 el Senador Jujeño Guillermo Jenefes elaboró un proyecto que intentó enmarcar la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, sin éxitos.

Finalmente en 2013, el Diputado Federico Pinedo presentó un proyecto que consta de 8 artículos y recoge tanto principios de legislación extranjera como jurisprudencia local e internacional.²³

En su Artículo 1, definía;

²³ N° de Expediente: 1508-D-2013 Trámite Parlamentario: 019 (27/03/2013) – Delpech, 2016.

El objeto de la presente ley es regular la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, a efectos de garantizar la libertad de expresión y el derecho a la información, preservando los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen de las personas, y cualquier otro derecho que resulte afectado.

Y comienza definiendo que entiende por Proveedor de Servicios de Internet;

Se entenderá por Proveedores de Servicios de Internet a los intermediarios tecnológicos que permiten, entre otros, el acceso, la conexión o interconexión a redes de datos en entornos de Internet, así como la transmisión, almacenamiento, procesamiento o direccionamiento de mensajes de datos a través de las mismas redes; también a los proveedores de servicios que permiten el acceso, alojamiento, publicación, direccionamiento y búsqueda de contenidos e información en forma de mensaje de datos en Internet.

Entre ellos, podemos encontrar; a) los Proveedores de acceso, interconexión, transmisión o direccionamiento de datos, b) los Proveedores de servicios de almacenamiento automático o memoria temporal (cache), c) los Proveedores de servicios de alojamiento de datos y d) los Proveedores de servicios de enlace, búsqueda y directorios de contenidos o información.²⁴

Al tatar la responsabilidad, el proyecto determina en forma clara la exoneración, al decir “no serán responsables por los contenidos generados por terceros, excepto cuando, habiendo sido debidamente notificados de una orden judicial de remoción o bloqueo, dictada en los términos

²⁴ Art. 1.1;1.2;1.3;1.4 y 1.5

del artículo 6° de la presente ley, omitan dar cumplimiento a la misma, en el plazo correspondiente. (Artículo 4). Respecto a los Proveedores de servicios de enlace, búsqueda y directorios de contenido o información, del proyecto se desprende que no serán considerados responsables por las violaciones de normas legales o de derechos de terceros que generen contenidos de terceros almacenados o referidos, salvo que tuviesen el conocimiento efectivo, en los términos de esta ley, de que los contenidos almacenados violan las normas legales o derechos de terceros y no retienen o inhabilitan los mismos. Tal conocimiento efectivo se adquiere desde el momento que sean notificados de forma fehaciente por quienes estén legalmente habilitados, por el dictado de alguna de las medidas prevista en el artículo 6 de la ley o de una resolución judicial firme. (Delpech, 2016)

Del proyecto en cuestión podemos concluir que entiende que no puede imputarse a los Proveedores de Servicios de Internet una responsabilidad fundada en un criterio de atribución objetivo, respecto al contenido indexado en sus plataformas cuya titularidad corresponde a terceros y de los cuales desconocía su ilegalidad hasta la notificación fehaciente.

El proyecto previamente aludido tampoco ha sido tratado aún en el Parlamento, lo que deja a la fecha a la Argentina en una orfandad normativa respecto a la atribución de responsabilidad, debiendo recurrir a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, el mismo trae aparejado una unidad conceptual entre Derecho Civil y Derecho Comercial, una unificación del derecho privado que se materializa, dentro del derecho civil con la unidad de la responsabilidad contractual y extracontractual, porque si partimos del daño injustamente

causado, para su resarcimiento es igual que el mismo provenga de una fuente contractual o de una extracontractual.²⁵

3.2 El Código Civil y Comercial de la Nación: Reparación y Prevención.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su nuevo artículo 1708, identifica a la prevención del daño y a la reparación como funciones de la responsabilidad. Las funciones son Preventiva, Sancionadora y Reparadora.

Respecto a la función Preventiva, el artículo 1710 establece el deber de prevenir el daño, evitar ocasionarlo. Tiene como inducir a la persona que actúa, a la idea de que es más conveniente comportarse correctamente, a que no hacerlo, definiendo tres posibilidades; a) evitar causar un daño injustificado, b) adoptar, de buena fe, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud o c) no agravar el daño ya producido.

La nueva codificación se propone una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales, conforme los criterios señalados por la doctrina, con los siguientes alcances: a) que la posibilidad de prevenir el daño se encuentre en su esfera de control, b) que adopte las diligencias como una persona que obra de buena fe, disponiendo las medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud, no agravando el

²⁵ Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet y de los Proveedores Online a nivel Internacional, regional y Nacional. Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli

daño ya producido y c) reconocerle el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha incurrido, siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.²⁶

La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, la cual procede según el artículo 1711, si se cumplen los siguientes presupuestos;

- a) *Autoría: un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño;*
- b) *Antijuricidad: constituye una violación del deber de prevención*
- c) *Causalidad: la amenaza de daño debe ser previsible*
- d) *No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.*

Respecto a la función Sancionatoria, no se trata de una indemnización por daño, sino de una sanción pecuniaria disuasiva, daño punitivo o multa civil que se impone para evitar graves menosprecios o graves desaprensiones a los derechos básicos. Se la denomina disuasiva por que busca una sanción ejemplar que disuada a la sociedad para que no comentan este tipo de daños o realice una actividad concreta. Dicha pena opera de manera independiente a los distintos resarcimientos conocidos (daño emergente, lucro cesante, daño moral, pérdida de chance, entre otros). La función Reparadora tiene por objeto volver las cosas al estado anterior, poner al damnificado en las mismas condiciones que estaría si no se hubiese ocasionado el daño, volver al equilibrio quebrado por accionar disvalioso.²⁷

El daño está justificado, según el artículo 1718 cuando a) es en ejercicio regular de un derecho, b) es en legítima defensa propia o de terceros o c) para evitar un mal, actual o

²⁶ Kemelmajer de Carlucci (2013)

²⁷ A.O “La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil” Facultad de Derecho, UBA, Parte 2: Segunda Parte (2012) www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-Reforma-Codigo-Civil-Ameal-So2.php

inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero o en un estado de necesidad.

Respecto al factor de atribución, la conducta antijurídica tiene que ser atribuida a alguna persona para que exista reparación, puede ser un factor objetivo o un factor subjetivo de responsabilidad.

La Responsabilidad Objetiva;

El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario. (Artículo 1722 CCyC)

El nuevo Código Civil y Comercial establece entonces que el factor es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a fin de atribuir responsabilidad, y en tales casos, el responsable se libera -eximente- demostrando la causa ajena, salvo disposición legal en contrario. Es lógico que si la responsabilidad objetiva se funda en la causalidad, luego la eximente debe estar dada, necesariamente, por su fractura o interrupción.²⁸

Respecto a la responsabilidad Subjetiva;

²⁸<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/La-estructura-de-la-responsabilidad-civil-en-el-nuevo-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-por-Papill%C3%BA.pdf>

Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. (Artículo 1724 CCyC)

La valoración de la conducta se encuentra legislada en el artículo 1725, estableciendo que mientras mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia debida, y cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Por último, en el artículo 1755 de la nueva codificación encontramos referencias respecto de los hechos de las cosas y actividades riesgosas, que obliga a las personas a responder por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas o las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Este es un artículo de importancia, ya que en algunos fallos de nuestra jurisprudencia, que oportunamente analizaremos, se invoca esta causal como factor de responsabilidad atribuible a los buscadores de Internet.

3.3 Responsabilidad en el derecho Anglosajón y Europeo

En materia de derecho comparado podemos citar:

- Multimedia Act (Alemania, 1997), que establece diferentes tipos de responsabilidades según sea la calase de Proveedor de Servicios de Internet de que se trate, distinguiendo tres tipos: InformationProviders, Hosting Providers y Access Providers. Respecto los primeros establece plena responsabilidad por los contenidos que incorpora al sitio. Con relación a los restantes, determina que son responsables sólo si tienen conocimiento de los contenidos y teniendo en cuenta si tomaron las medidas técnicas adecuadas frente a tal conocimiento.
- Directiva de Comercio Electrónico del Parlamento Europeo²⁹, establece en su artículo 12 la falta de responsabilidad de los Proveedores de Servicios, al disponer:

No serán responsables por los datos transmitidos a menos que: hayan originado o modificado ellos mismos los datos o hayan seleccionado a estos o a sus destinatarios.

Si los contenidos transmitidos o almacenados han sido proporcionados por terceros, es decir, son ajenos llegamos a la conclusión de que debe mediar una exención de responsabilidad. Tal hecho se funda en que el prestador de servicios no ha tenido parte ni en la creación ni en la decisión de transmitir o hacer accesibles los contenidos ilícitos, potencialmente dañinos. Tampoco sería técnicamente posible o al menos, excesivamente costoso, supervisar lo que circula o se aloja en sus servidores.³⁰

- Directiva Europea sobre Caching.³¹ en su artículo 13 establece:

²⁹ Directiva 2000/31 del Parlamento y del Consejo (08/06/2000)

³⁰ Miguel Peguera Poch, Comentarios de la Directiva 2000/31/CE

³¹ Basada en los Convenios Internet de la OMPI de 1996

Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio y que implique su almacenamiento automático, provisional y temporal, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios del servicio, no será responsable por el contenido de la transmisión (almacenamiento automático, provisional y temporal) siempre que el prestador; a) no modifique la información, b) cumpla las condiciones que permitan el acceso a ella, ... d) Retiren la información que hayan almacenado, o hagan imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de que ha sido retirada de la red.

- Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (España)³²
Trata en los artículos 13 a 17 la responsabilidad de los prestadores de servicios, distinguiendo:
 - I. Los operadores de redes y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones
 - II. Los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por usuarios
 - III. Los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos
 - IV. Los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. (motores de búsqueda)

³² Ley 34/2002, de los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. BOE núm. 166 de 12/07/2002

En los primeros tres casos la ley española exime de responsabilidad a los prestadores salvo excepciones. En el caso de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos (Buscadores de Internet) la ley es más rigurosa y establece;

Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, salvo que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

En lo que respecta al conocimiento efectivo por parte del Proveedor de Servicios, será tal cuando un órgano competente declare la ilicitud de los datos y ordene su retirada o que se imposibilite su acceso a los mismos, inclusive si declarase la existencia de lesión y el prestador conociera la existencia de la correspondiente resolución. (Delpech, 2016)

- En Estados Unidos, la Digital Millennium Copyright Act (DMCA)³³

La normativa libera de responsabilidad a los Proveedores de Servicios por;

- I. Mera transmisión de contenidos
- II. Almacenamiento de contenidos
- III. Almacenamiento de contenidos en sistemas o redes (hosting)

³³ Aprobada en EE.UU, Octubre de 1998

IV. El uso de mecanismos de localización de la información a través de los cuales se dirige a los usuarios a contenidos infractores. (Buscadores de Internet)

Establece además un detallado sistema de Notice and takedown (detención y retirada), para hacer posible la identificación de las infracciones, mediante la notificación a los servidores por parte de los usuarios para que los mismos sean retirados. La DMCA determina que la responsabilidad de los Proveedores de Servicios se genera únicamente cuando la incorporación del contenido es manifiesta o habiendo sido notificado que existen contenidos violatorios a la ley, no ha tomado inmediatas medidas para su retiro. Vemos entonces que la postura respecto a la responsabilidad de los Proveedores de servicios es generalizada a lo largo del derecho comparado.

Capítulo III: Jurisprudencial en Argentina.

Los “juicios de las modelos”

Hace algunos años numerosas modelos argentinas y personas vinculadas al espectáculo, advirtieron que colocando sus nombres en los buscadores Google y Yahoo! Se obtenían resultados de indexación con sitios pornográficos y de prostitución. Estas, considerándose afectadas moralmente, promovieron juicios de daños y perjuicios contra estos buscadores, juicios a los que se los llamó “*los juicios de las modelos*”

1. Caso Rodríguez, María Belén c/Google Inc.

María Belén Rodríguez promovió demanda de daños y perjuicios contra Google Inc. (Google), que después amplió contra Yahoo de Argentina SRL (Yahoo!), en la que sostenía que se había procedido al uso comercial y no autorizado de su imagen y que, además, se habían avasallado sus derechos personalísimos al habérsela vinculado a determinadas páginas de Internet de contenido erótico y/o pornográfico, solicitando el cese del mencionado uso y la eliminación de las señaladas vinculaciones.³⁴ La *sentencia de primera instancia* hizo lugar a la demanda y consideró que las demandadas habían incurrido en negligencia culpable "al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia"³⁵, condenando a Google a pagar \$ 100.000 y a Yahoo! \$ 20.000, disponiendo "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."³⁶

El fallo fue apelado por todas las partes y la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil lo revocó parcialmente,³⁷ rechazando el reclamo contra Yahoo! y admitiendo el contra Google, reduciendo su indemnización a la suma total de \$ 50.000, al tiempo que dejó sin efecto el pronunciamiento de primera instancia en cuanto éste disponía la eliminación de las mencionadas transcripciones.

La Cámara optó por encuadrar la eventual responsabilidad de los llamados "motores de búsqueda" (como Google y Yahoo!) en el ámbito de la responsabilidad subjetiva. Sin embargo, no se logró acreditar que las demandadas, frente a una notificación puntual de la actora que haya dado cuenta de la existencia de contenidos lesivos para sus derechos en determinados sitios,

³⁴Vistos los autos: "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios". (fs. 60./ 8 7 Y 12 4/ 12 7)

³⁵fs. 1366 vta. / 1367

³⁶fs. 1370

³⁷ fs. 1793/1823

hayan omitido bloquearlos, con lo cual no se encontró probada su negligencia respecto a este punto.

La Cámara estimó que el eventual damnificado debe notificar puntualmente al "buscador sobre la existencia de contenidos nocivos en una página web determinada."³⁸

Desglosando las pretensiones de la actora en este fallo, encontramos: **a)** La reparación del daño a su honor y a su imagen debido a la vinculación con su persona con páginas de internet de contenidos pornográficos. **b)** El resarcimiento económico por el uso indebido de su imagen. **c)** El cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y nombre y **d)** La eliminación definitiva de toda vinculación de su imagen y nombre con sitios pornográficos, que se realiza a través de los buscadores de las demandadas.

Corresponde entonces, en primera instancia precisar los derechos que se encuentran en conflicto; por un lado la *libertad de expresión* e información en los que se sostienen no solo los intereses de los accionados, sino también los de la sociedad en su conjunto y, por el otro, *el derecho al honor y a la imagen*, derechos personalísimos que sin lugar a dudas tienen un valor fundamental para las actoras, como así también en un sentido abstracto para toda la comunidad.

Internet está amparado por la ley 26.032 en su artículo 1, dentro de la garantía constitucional de la libertad de expresión. Así también lo ha establecido la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, diciendo “que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación” y ha

³⁸ fs. 1820

agregado que "los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión."³⁹

La Corte, en los considerandos del fallo, al referirse a los “motores de búsqueda” y su importancia por el rol que desempeñan, cita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que dijo que "la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos"⁴⁰ y concluye que el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva. Así, a través de Internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, Internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública.⁴¹

Estos organismos vienen sosteniendo que Internet desde sus orígenes a lo largo de los años hasta la actualidad, sin dudas ha sido un factor transformador de las formas en las cuales nos relacionamos, compartimos opiniones y divulgamos información. Debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto, implica una garantía eficaz de realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información en su doble dimensión, individual y

³⁹ "Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet", 1º de junio de 2011, puntos La y 6.a, respectivamente

⁴⁰ conf. "Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González", sentencia del 13 de mayo de 2014

⁴¹ Considerandos fallo CSJ Rodríguez, María Belén el Google Inc. si daños y perjuicios. Punto 11

colectiva.⁴² Internet viene entonces, no solo a garantizar el ejercicio efectivo de libertad de expresión, piedra angular para el régimen democrático⁴³ sino también a proclamarse como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política.⁴⁴

Con respecto al derecho al honor, la Corte Suprema de Justicia, en el punto 13 de los mencionados considerandos, establece “que el derecho al honor se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito”⁴⁵ y por su parte, el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad protegido por el artículo 19 de nuestra carta magna, dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad.⁴⁶

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Libertad de Expresión e Internet"

⁴³ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 5/85, párrafo 70 y casos "Herrera Ulloa", párrafo 112; "Ricardo Canese", párrafo 82; "Kimel", párrafos 87 y 88; "Api tz Barbera y otros

⁴⁴ Corte Suprema de Estados Unidos. "Garrison v. Louisiana", 379 U.S. 64, 1964

⁴⁵ Fallos: 331:1530, voto de la jueza Highton de Nolasco

⁴⁶ Fallos: 306: 1892

En cuanto a si el caso concreto debe ser analizado bajo las reglas de la responsabilidad objetiva, como lo pretende la actora, o en su defecto, bajo la órbita de la responsabilidad subjetiva tal como fuera fallado por el tribunal de grado. La Corte, rápidamente adelanta su conclusión, afirmando que no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los motores de búsqueda de acuerdo a las normas que establecen la responsabilidad objetiva, sino que se debe hacer bajo los parámetros establecidos en la responsabilidad subjetiva;

No corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los "motores de búsqueda" de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva. (Rodríguez, María Belén el Google Inc. si daños y perjuicios. Considerandos, Punto 15)

Prosiguiendo, la Corte se pronuncia respecto a la obligación general de monitoreo por parte de los “motores de búsqueda” o serch engines, entendida esta como la obligación general de supervisar o vigilar todo el contenido que indexan sus plataformas, a lo largo y a lo ancho de la red. Al respecto, y apuntalándose en el derecho comparado⁴⁷ que cuenta con legislación específica, establece;

Los "buscadores" no tienen una obligación general de "monitorear" (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son provistos por los responsables de cada una de las páginas web. Y, sobre esa base, se concluye en

⁴⁷ Brasil, ley 12.965 sobre "Marco Civil de Internet" (abril de 2014)
España, en la Ley 34 (Año 2002)
Estados Unidos, Artículo 230, Communications Decency Act.

que los "buscadores" son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado. (Rodríguez, María Belén el Google Inc. si daños y perjuicios. Considerandos, Punto 15)⁴⁸

Diversas relatorías para la libertad de expresión de organizaciones internacionales, dice el mencionado fallo, emitieron una declaración conjunta en la que sostuvieron que, como principio, nadie que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet (acceso, búsqueda o conservación de información), deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de esos servicios y que no se deberá exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios.⁴⁹ La atención en este párrafo debe estar puesta en la palabra “únicamente”, ya que como vimos, en los casos donde los Proveedores de Servicios sean a la vez Proveedores de Contenido (es decir, generen sus propios contenidos), claramente mediaría responsabilidad. Dicho esto, habría casos en que el "buscador" puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente.⁵⁰ A partir del momento del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web, la "ajenidad" del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa. Por último, la Corte Suprema de Justicia, estableció el criterio, alcances y requisitos del *efectivo conocimiento* que es requerido para la eventual responsabilidad subjetiva de los motores de búsqueda;

⁴⁸ Directiva europea 2000/31 EC establece en su artículo 15.1: "Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas."

⁴⁹ 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, 1° de junio de 2011

⁵⁰ Rodríguez, María Belén el Google Inc. si daños y perjuicios – Considerandos, Punto 17.

A los efectos del efectivo conocimiento requerido para la responsabilidad subjetiva, cabe preguntarse si es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al "buscador" o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente. En ausencia de una regulación legal específica, conviene sentar una regla que distinga nítidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento.⁵¹

Según la Corte, son manifiestas “las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, 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 que 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. La naturaleza ilícita, ya sea civil o penal, de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento.

⁵¹ Rodríguez, María Belén *el Google Inc. si daños y perjuicios – Considerandos, Punto 18.*

Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento la Corte entiende que deben debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, no pudiendo exigirse al "buscador" que supla la función de la autoridad competente. 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.

Aclarado este punto, podemos concluir que se configura un comportamiento antijurídico por parte del buscador cuando, con relación al material o a la información provenientes de terceros que han sido indexados y ofrecidos a los usuarios, *toma un conocimiento efectivo de que está causando un perjuicio individualizado* y, no obstante ello, *no adopta las medidas necesarias como para corregir o hacer cesar dicha situación lesiva de la esfera jurídica ajena*. Para que se configure la participación antijurídica del Proveedor de Servicios, es decir el “motor de búsqueda” en la producción del evento lesivo se requiere, por un lado que el buscador tenga efectivo conocimiento de la ilicitud de la vinculación que un tercero efectúa respecto del nombre o imagen de una persona en una página web, y por el otro que, pese a ello, omita eliminar el enlace que asocia al nombre o la imagen del damnificado con la página en cuestión, es decir, no actúa con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

En su disidencia parcial del fallo en cuestión, Ricardo LORENZETTI y Juan Carlos MAQUEDA establecen un punto que, si bien parece repetitivo a esta altura del análisis, parece prudente mencionarlo teniendo en cuenta la rapidez con la que evoluciona Internet y las actualizaciones que, cada vez con más frecuencia, vemos en este tipo de plataformas. En su

disidencia nos dicen que “en el supuesto de ilícito que se configura cuando la actividad de empresas que explotan los motores de búsqueda en internet, como la que realiza la demandada, se aparta de la mera intermediación de los contenidos y asume, mediante diversas modalidades posibles, una actuación activa con respecto a ellos, es decir, cuando apartándose de la actividad de mero "enlace" con los contenidos 'de terceros, procede a editarlos, modificarlos, o directamente a crearlos, automáticamente recae en ellos el deber de control sobre la información como la eventual responsabilidad por la lesión que ésta pueda producir a terceros.

Sin perjuicio de lo antes dicho, quien se vea afectada en sus derechos por la publicación y posterior indexación de contenido de índole personal o difamatorio, en los términos antes desarrollados, tiene derecho a solicitar a la el Proveedor de Servicios que elimine aquellas vinculaciones entre su persona y ciertos sitios web que haya identificado en forma precisa. En el caso Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. se condenó a las empresas demandadas a eliminar las vinculaciones individualizadas concretamente por la actora como lesivas de su derecho al honor, sin perjuicio de las medidas que ella pudiera requerir respecto de los dueños de los sitios de Internet que incluyan los contenidos que considere dañosos. Descartó que debiera aplicarse el estándar objetivo de responsabilidad, al tomar en cuenta que los prestadores de sistemas de búsqueda no crean ni editan el contenido de la red. Al respecto, consideró que aquéllas no estaban advertidas de que se hallaban difundiendo información ilícita, pues no habían recibido con anterioridad reclamo alguno de la afectada solicitando el bloqueo del contenido considerado por ella como agravante y, aceptar una tesis contraria, implicaría imponer a los buscadores la carga de monitorear y moderar los millones de contenidos que se editan a cada minuto, algunos en tiempo real, lo que no condice con la realidad ni con la rentabilidad de su negocio, además de

que conlleva una censura previa, atentando contra diversos tratados internacionales, ya desarrollados.

2. Caso Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina SRL y Google Inc.

En este proceso⁵²se plantearon conjuntamente dos reclamos: uno destinado a obtener una reparación económica por daños y perjuicios ya padecidos, y otro cuya finalidad consistía en ordenar una conducta para el futuro, consistente en obligaciones de hacer y de no hacer, es decir, disponer el cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen, eliminar y abstenerse de incluir toda imagen suya en los “buscadores de imágenes”, eliminar de sus “buscadores Web” toda vinculación entre su nombre y los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y tomar las medidas técnicas y organizativas necesarias para evitar que a través de los buscadores pueda efectuarse cualquier tipo de vinculación de su nombre e imagen con sitios Web de contenido sexual, pornográfico, oferta de sexo y similares.

53

El tribunal, integrado por las Sras Juezas Dras. Marta del Rosario Mattera, Beatriz A. Verón y Zulema Wilde, Juzgado N°62, consideró que resulta aplicable a los buscadores de Internet el régimen legal de la responsabilidad subjetiva, adhiriendo a la posición doctrinaria que sostiene que recién podrá hablarse de actividad culposa desde el momento en el que el buscador arribe al “conocimiento efectivo”, que se configura con una notificación judicial, pero aclarando

⁵²Buenos Aires, el 31 de Agosto de 2012, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la capital Federal – Sala J, se pronunció en los autos caratulados “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S.R.L y otro s/daños y perjuicios”

⁵³Expte. N°84.103/2007 “Krum, Andrea Paola c/Yahoo de Argentina S.R.L y otro s/daños y perjuicios” Juzg. N° 62

que cuando el contenido del sitio es manifiestamente ilegal, cuando de manera palmaria atenta contra los derechos personalísimos, en nuestro sistema debería bastar con la notificación fehaciente que haga el damnificado, incluso a través de los mecanismos con que cuenta para denunciar abusos. A partir de allí, en tales hipótesis, para no incurrir en culpa, sobre el buscador recae la obligación de actuar con diligencia para filtrar el enlace en cuestión. También el tribunal, sin dejar pasar la oportunidad, aclara que “imponer también en estos supuestos la obligación de notificación judicial constituye un exceso que afecta el equilibrio que debe existir entre la libertad de expresión (comprendiendo la búsqueda y difusión de ideas e información) y los derechos personalísimos, como la intimidad, el honor y la propia imagen de las personas”⁵⁴

De todo lo antes dicho, se desprende que sobre el damnificado recae la carga de individualizar las páginas cuyo contenido le es perjudicial, es decir, sobre el corre la carga de denunciar puntualmente los sitios que estima violadores de sus derechos personalísimos.

Finalmente, concluye el pronunciamiento recurrido, diciendo “En base a los razonamientos esbozados y sin perjuicio de lo que se resolviera en el terreno cautelar.. considero que debe rechazarse la pretensión de la demandante, en cuanto solicita la reparación de los daños y perjuicios causados por haber procedido al uso comercial y no autorizado de su imagen a través de su servicio de búsqueda por imágenes. La misma suerte negativa debe correr al pedido de que se condene el cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y a eliminar y abstenerse de incluir toda imagen suya en los buscadores de imagen.”⁵⁵

Luego del recurso, la Sala J de la Cámara Civil, luego de un minucioso análisis del caso estableció:

⁵⁴Expte. N°84.103/2007

⁵⁵ Fs. 108 y 108 vta.

Las accionadas son titulares de sus propias páginas web o sitios y por ende responsables de los contenidos que ellos introducen o reproducen, sean por medios autorizados o no.

La actividad que desarrollan los buscadores es una actividad riesgosa “.. Resulta evidente que esa interpretación abarca no sólo a la actividad propia de las demandadas y a las cosas de las que se sirve, de las que son propietarias y/o guardianes, sino también quedan incluidas en lo que Pizarro llama “los otros posibles sujetos pasivos” en relación a los sitios de terceros que son el ámbito donde se genera el daño primigenio, luego multiplicado y potenciado.”⁵⁶

Se fijaba entonces una responsabilidad objetiva a los buscadores por ser una actividad riesgosa y una simultaneidad respecto a responsabilidad subjetiva-objetiva, al entender la Cámara que la demandada no cumplió en tiempo y forma con las medidas cautelares dictadas.

En mi opinión, adhiero a la postura de Lisandro Frene, que entiende que quien pretenda un resarcimiento de los buscadores debe acreditar la culpa o negligencia de estos últimos; y esa negligencia se verifica si los buscadores incumplen un pedido fehaciente de bloquear determinados sitios de entre sus contenidos.⁵⁷ Es decir, de mediar lesión a derechos personalísimos por contenidos encontrados en la red, todo reclamo debería ir contra los titulares

⁵⁶ Dra. Mattera, Fallo Paola Krum, Sala J, Cámara Civil

⁵⁷ Frene, Lisandro, “Responsabilidad de los buscadores” de Internet”

de las páginas que incorporan ese contenido lesivo, y no contra los buscadores que indexan ese contenido dañoso. No está en cabeza de los buscadores de Internet el factor de atribución de responsabilidad, por estos hechos, sin embargo si es su deber actuar frente al reclamo o notificación fehaciente que los ponga en conocimiento de ese contenido que vulnera los derechos de quien se ha sentido afectado.

3. Caso Solaro Maxwell, María Soledad c/Yahoo de Argentina SRL

En la Ciudad de Buenos Aires, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, dictó en el mes de noviembre del año 2013 un fallo en el cual condenó a las demandas Yahoo y Google, coincidiendo con la Dra. Mattera en el fallo Paola Krum, estableciendo la responsabilidad de las accionadas como titulares de los buscadores de internet en el ámbito de la responsabilidad objetiva por el riesgo que dicha actividad genera. Ello por cuanto si bien los contenidos son cargados por terceros, lo cierto es que la finalidad de los buscadores es facilitar su llegada a los usuarios mediante la indexación.⁵⁸

La actora reclamó la reparación de los daños y perjuicios producidos por el uso comercial -no autorizado- de su imagen, incluyéndola y vinculándola en sitios web de contenido sexual, erótico y pornográfico. Además solicitó que se condene a los accionados a la eliminación de su imagen y nombre de los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico denunciados y/o a eliminar toda vinculación de su nombre, imagen y fotografías con dichos sitios y actividades a

⁵⁸(Delpech, 2016)

través de los buscadores de las empresas demandadas. La anterior sentenciante rechazó la demanda entablada contra Yahoo de Argentina SRL, e hizo lugar parcialmente a la incoada respecto de Google Inc., condenando a abonar a la actora la suma de pesos setenta y cinco mil (\$75.000), con más sus intereses a la tasa activa del Banco Nación desde la notificación de la demanda y hasta el efectivo pago, por no haber cumplido con la medida cautelar dispuesta, y sus costas. En su fundamentación, sostuvo que adhería a la posición que atribuye al accionado en estos casos, una responsabilidad subjetiva por culpa o dolo, en razón que si bien los contenidos son cargados y editados por los propietarios de cada sitio, la demandada interviene en la operativa dañosa a través de buscadores propios que facilitan la información al usuario mediante un mecanismo automático de indexación. Consecuentemente entendió que era imposible atribuir al buscador una conducta culposa por el solo hecho de que en la red existieran contenidos ilegales y dañinos a los derechos personalísimos, pero publicados por terceros. Señaló que lo contrario sería imponer al buscador la obligación de monitorear millones de contenidos e imágenes que se suben a la red en forma constante. Por otro lado, dijo que habiendo la codemandada Yahoo de Argentina cumplido la orden judicial dictada en el expediente seguido por las mismas partes sobre medidas cautelares, cabe rechazar la demanda en su contra; no así respecto de Google Inc. por cuanto al no haberlas cumplido, debe ser condenada a abonar indemnización, con costas. Por último, dispuso que se conviertan en definitivas las medidas cautelares dispuestas en la causa 63.313/06 debiendo las demandadas eliminar las vinculaciones del nombre, imagen y fotografías de la actora en los términos en que fueron solicitados. Google Inc. cuestionó la falta de consideración adecuada de los elementos que surgen del expediente sobre medidas cautelares; la omisión de evaluar la afectación a la libertad de expresión que ocasionaría el estándar de diligencia que se propone para los buscadores; la procedencia y

cuantificación del daño moral; la imposición de costas y la tasa de interés. La accionante se quejó porque no se consideró apropiadamente la circunstancia de que la cuestión giraba en torno a los resultados de búsqueda que ambos buscadores emitían al colocar en el campo de búsqueda su nombre y apellido; porque no se condenara a ambos accionados por sus propios contenidos, conforme la teoría del riesgo creado y la consecuente responsabilidad objetiva y por la aplicación al caso de la responsabilidad subjetiva, sosteniendo que el daño se produce desde el mismo momento en que la persona toma conocimiento de la información que suministran los buscadores en sus resultados de búsqueda, sin perjuicio de la atribución que les corresponda conforme la negligencia y desidia en el cumplimiento de la demanda judicial. Sostuvo que las demandadas deben ser condenadas como dueños y guardianes de la cosa. También se quejó por la exoneración de responsabilidad de Yahoo de Argentina SRL, por el rechazo del daño material y por la cuantificación del daño moral.

Con relación a la responsabilidad por actividad riesgosa, el fallo en cuestión conceptualiza y circunscribe este concepto al caso de la responsabilidad objetiva de los motores de búsqueda, al decir que una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza o por las circunstancias en que se realice, genera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros, ponderable conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas, constituyendo la empresa uno de los ámbitos de actividad riesgosa en el sentido de que organiza capital y trabajo como factores de producción y con fines lucrativos.⁵⁹ También señala el mismo autor que, conforme a este razonamiento, poco importa que en la actividad riesgosa, y en el daño que se cause, intervenga o no una cosa, ya sea activa o pasivamente. La responsabilidad debe recaer sobre quien genera, fiscaliza, supervisa, controla o potencia la

⁵⁹Pizarro, Ramón Daniel, “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa” ed. La Ley, T. II – parte especial, pág. 161 y sgtes.

actividad riesgosa, en consecuencia, no es descartable la posibilidad de una pluralidad de sujetos obligados a resarcir en forma concurrente. Todo aquel que en el carácter antes señalado, interviene en la realización de la actividad riesgosa, sea o no su último ejecutor, debe responder frente a la víctima. Obtenga o no un beneficio con dicha actividad, pues el fundamento de la obligación de resarcir radica en la sola creación del riesgo y no en una contrapartida por el beneficio experimentado. El carácter riesgoso de la actividad deviene de circunstancias extrínsecas, de persona, tiempo y lugar, que la tornan peligrosa para terceros. La ponderación de esas circunstancias y su incidencia en la riesgosity de la actividad, debe realizarse en abstracto, con total prescindencia del juicio de reprochabilidad subjetiva que podría merecer la conducta del sindicado como responsable en el caso concreto. En este orden de ideas, Zavala de González señala que la cuestión pasa por el "grado de previsibilidad" de la producción del daño, a partir de la consideración de la naturaleza o circunstancias de la actividad. Si sobre la base de tales aspectos concurriría una clara probabilidad, ya sea abstracta o genérica, de eventuales perjuicios, funcionará el factor de atribución objetivo si el daño ocurre.⁶⁰ Zavala también sostuvo que una actividad puede ser tildada de riesgosa ya sea por su naturaleza o por las circunstancias de su realización. Esta última situación se presenta cuando si bien no reviste un peligro regular o constante, lo adquiere cuando se califica a través de modalidades particulares, que requieren un control y una supervisión especial.⁶¹ En este orden de ideas y según este principio serían responsables de los daños derivados de una actividad riesgosa "todas las personas que, por haber generado la actividad, introducen en el medio social el riesgo que es anexo a ella y tienen, por

⁶⁰Zavala de González, La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil", J. A., semanario núm. 5560 del 23/3/88, ps. 1 y sgtes.

⁶¹Zavala de González, Matilde, "Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa", La Ley, 1983-D, 113; ídem, Responsabilidad por riesgo, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 206

tanto un deber de fiscalización, supervisión y control, a fin de evitar que ese peligro se actualice en daño”

Si tomamos este principio como rector de la responsabilidad de los motores de búsqueda en Internet, podría pensarse que la actividad de las empresas accionadas reúnen aquellos caracteres, no sólo por el gran volumen de contenidos de terceros que manejan, sino fundamentalmente porque de no ser por su existencia, los contenidos lesivos que eventualmente alojen los millones de páginas web existentes no podrían prácticamente ser conocidos por nadie que no busque acceder directamente a la página en cuestión, para lo cual se requeriría conocer e ingresar su dirección exacta, arribando a la idea que la actividad de los motores de búsqueda facilita la divulgación de esos contenidos, potencia sus efectos nocivos, y desde este punto de vista bien podría ser considerada riesgosa sobre la base de las pautas antes mencionadas.

Respecto a la relación entre la responsabilidad objetiva de los motores de búsqueda y su ineficiencia u omisión referente al monitoreo de los contenidos, en el caso de autos, sostiene el perito que los buscadores comparan la palabra introducida por el usuario, con un archivo índice de datos procesados previamente y almacenado en una ubicación determinada y en base a las coincidencias encontradas publican los resultados de acuerdo a los criterios preestablecidos por cada buscador. Para deducir los registros más pertinentes, el algoritmo de búsqueda aplica estrategias clasificatorias “diseñadas por cada buscador”⁶² Señala, entonces, que el rol de los buscadores es facilitar a sus usuarios el acceso a páginas de internet que, en principio, presentan contenidos relacionados con la búsqueda realizada.⁶³ La búsqueda de los resultados la realiza el buscador en forma automática pero merced a los mecanismos de búsqueda “diseñados” a tal

⁶² fs. 1620

⁶³ fs. 1637

efecto, es decir, los resultados que se brindan son seleccionados y ordenados en forma automática pero de acuerdo a criterios “definidos por los seres humanos que lo diseñaron”⁶⁴

La masiva creación de elementos limitativos de la exploración e indexación de sitios, en otras palabras, filtros de monitoreo de contenido, afectaría la eficacia del buscador pero con ello se evitaría que ocurrieran situaciones como la de autos. Ahora bien, Google no posee un mecanismo que permita realizar juicio de valor sobre la licitud o moralidad de los contenidos que explora, ya que el motor de búsqueda es un modelo netamente matemático que permite realizar las búsquedas en forma automatizada y de este modo ser más eficiente para responder a las demandas de uso de los usuarios finales, contando además con un sistema de inclusión preferencial de web sites en los resultados de las búsquedas, que bajo el título de “enlaces patrocinados”, permite que quien contrata el servicio aparezca en los primeros lugares de los resultados de búsqueda.⁶⁵

Así planteada la cuestión la Cámara no coincidió en que la responsabilidad de los accionados, como titulares o guardadores de los buscadores en internet, sea subjetiva. De lo señalado por el perito, concluyó que se trata de una actividad riesgosa y que debe analizarse desde la órbita de la responsabilidad objetiva por el riesgo que dicha actividad genera, por cuanto si bien los contenidos de los sitios son cargados por terceros, lo cierto es que la finalidad de los buscadores es facilitar su llegada a sus usuarios mediante su indexación. Si bien ninguna ley regula esta actividad, más allá del decreto 1297/97 y la ley 26.032, ello no implica que deba soportarse el daño injusto y agravante. Los buscadores también son sitios de internet y sus responsables son quienes en definitiva deciden qué contenidos deben ser incluidos o no y en este

⁶⁴ fs. 1637

⁶⁵fs 1632 y 1638

sentido quedó demostrado con el dictamen pericial que sería técnicamente posible que las demandadas configuren el procedimiento de búsqueda a efectos de evitar que determinada palabra aparezca vinculada con otras. Si bien se trata de procesos mayormente automatizados, los demandados no pueden eximirse de la responsabilidad que su actividad genera, por ser ellos mismos quienes diseñan estos procesos y fijan políticas de intervención. Siendo su principal actividad facilitar el acceso de sus usuarios a los diferentes sitios de internet, no quedan dudas que, pese a su insistencia, son los accionados quienes se encuentran en mejores condiciones de decidir los cambios técnicos más apropiados para prevenir la producción de daños como los que se reclaman en estos autos.⁶⁶

4. Caso Jujuy.com

“Jujuy.com” es un sitio privado de carácter turístico donde se promocionaban servicios y actividades turísticas relacionadas con esa zona del país. Ingresando al mismo uno puede encontrar una serie de links que referencian hoteles, restaurantes, negocios y actividades de la zona. En dicho sitio, también existía un “libro de visitas”, sección en la cual cualquier visitante podía dejar una reseña u opinión de forma directa, un mensaje en formato texto que podía ser leído por todos los usuarios. Dichos mensajes, hasta entonces siempre relacionados con las bondades del sitio y la Provincia de Jujuy, se cargaban en forma inmediata y automática sin que se efectuase ningún control ni filtrado de contenido por parte de los titulares del sitio.

⁶⁶ Poder Judicial de la Nación – Cámara Civil, Sala L. Expte n° 89.007/06 (L. 609.381) -Juzg.90- “Solaro Maxwell, María Soledad c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios”

A comienzos del año 2004 una persona, sin identificarse, ingresó al sitio Jujuy.com y dejó en su libro de visitas un mensaje que refería con detalles las actitudes adúlteras de uno de los integrantes de un matrimonio residente en dicha localidad, al que identificaba con nombre y apellido. El matrimonio en cuestión, al sentirse injuriado y dañado moralmente, intimó primero a que se eliminase ese mensaje y demandó luego por daños y perjuicios a los titulares del sitio, acompañando un acta notarial que acreditaba el referido contenido en el sitio, alegando actividad omisiva y negligente de parte de estos.

El tribunal, en los considerandos del fallo, dijo:

Se encuentra probado el carácter injurioso de dichos mensajes, y por lo mismo está fuera de duda el daño moral que el mismo trae aparejado, puesto de manifiesto en la constancia del expediente, que demuestran las consecuencias derivadas del hecho que dio motivo al juicio. Es que según el texto aplicable y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial, se entiende por daño moral el causado a las personas en los atributos o bienes que integran su patrimonio espiritual: Honor, reputación, libertad, tranquilidad, afecciones legítimas, etc., o sea los que se denominan derechos morales de la personalidad. (H. AGUIAR “Hechos y Actos Jurídicos”, t.4, ps 222 y siguientes).

El caso sub examen es típico ejemplo de esa clase de agravio. Se ha puesto en tela de juicio el buen nombre y honor de una persona la que también afecta a su marido; se ha hecho circular en la página JUJUY.COM con eso mensajes que da cuenta el notario, el rumor insidioso que atributa una conducta adúltera y crea alrededor del matrimonio una situación de humillación.

El tribunal también expresó que para afirmar la responsabilidad del servidor por la difusión de contenidos penalmente ilícitos, debe probarse una conducta positiva, en otros términos, debe probarse que participo activamente colaborando activamente en la conformación de contenido o que omitió hacer lo que debía hacer, conocido el carácter ilícito de los contenidos, eliminarlo y evitar su difusión. En el caso de autos al ingresar a la página web de Jujuy.com se observa una leyenda que reza: *“pedimos moderación en las expresiones vertidas ya que no es nuestra política censurar ningún mensaje, pero si su contenido es inconveniente para otras personas que visiten esta sección nos veremos obligados a borrarlos. Muchas Gracias”*⁶⁷Ello, sin lugar a dudas, delata la omisión incurrida, toda vez que los mensajes no fueron retirados hasta la notificación.⁶⁸

Los demandados fundaron su defensa, tanto en el principio de libertad de contenidos, como en que no eran responsables por contenidos de terceros y que al ser informados por los actores para que se bajase tal contenido injurioso, habían obrado en tal sentido. La Cámara Civil y Comercial de los Tribunales de Jujuy, con fecha de 30 de junio de 2004, actuando como tribunal de instancia única, hizo lugar a la demanda y condeno a los titulares del sitio al pago de una indemnización. Luego de acreditada la injuria producida y el daño moral causado, determinó una responsabilidad de carácter subjetiva, pero luego fundó su condena en el criterio de atribución objetivo, conforme el art 1113 del Código Civil derogado, al expresar:

Por lo tanto acreditado el hecho ilícito, la responsabilidad de los accionados resulta incuestionable, a mérito de lo dispuesto por el art 1113, 2da parte, 2

⁶⁷Expediente N° B-85235/02 caratulado: “S.M y otro c.Jujuy Digital y/o Jujuy.com s/daños y perjuicios”, f.20

⁶⁸<http://www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaArgCondenaSitioWeb.htm>

párrafos del Código Civil, toda vez que se determina responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa o actividad riesgosa de la empresa.⁶⁹

Al determinar la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, el Tribunal efectuó una analogía entre la energía eléctrica, considerándola una cosa potencialmente peligrosa y la energía informática a la que era aplicable entonces el régimen de cosas del art. 2311 del Código Civil derogado.(Delpech, 2016)

5. Caso Galera

La Sala I de la Cámara nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, en sentencia del 27 de Octubre de 2005 confirmó una sentencia que había desestimado una querrela penal con fundamento en el art. 113 del Código Penal (Delito de calumnias e injurias).

En un foro de discusión del sitio “Dolarsi”, con mensajes anónimos se produjeron agravios hacia una persona respecto a sus actividades comerciales. Esta persona querelló criminalmente al sitio por el delito de calumnias e injurias, la querrela fue desestimada por la Cámara que dijo:

⁶⁹“S.M y otro c.Jujuy Digital y/o Jujuy.com s/daños y perjuicios”

No basta la comprobación del carácter ofensivo de la publicación, es necesario, con relación a la conducta del director o editor responsable, que se halle acreditado que aquel tuvo conocimiento previo del material publicado y que estuvo en condiciones de evitar su publicación.⁷⁰

La Cámara desestimó las actuaciones por inexistencia de delito, al entender que no se evidencia que los mensajes cuestionados contengan expresiones injuriantes hacia la actividad desarrollada por la empresa que preside el querellante y menos aún, que puedan afectar el honor del mencionado o su familia, entendido éste como la suma de todas las cualidades, incluidos los atributos morales, los valores jurídicos, sociales y profesionales valiosos para la comunidad, que se pueden atribuir los individuos a sí mismos, ya que, al contrario, los mensajes que se intercambiaron en el "foro de discusión" de una página web, aparecen como publicaciones de ideas por parte de los usuarios de la página mencionada en relación a sus inquietudes u opiniones respecto de la empresa que preside el denunciante, lo cual se encuentra amparado por el art. 14 de la C.N. Así, la Cámara se inclina por la protección de la libertad de expresión, entendiendo que los supuestos comentarios injuriantes, aún acreditados, se encuentran amparados por esta garantía y que, llegado el caso de verse acreditados, no basta su comprobación, sino la responsabilidad directa por omisión del editor; es decir, que haya tenido conocimiento del contenido injurioso y no proceder a su comprobación y eliminación.

⁷⁰ “Galera, Andrés. s/” 27 de Octubre del 2005, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

6. Conclusiones Finales

Internet sin lugar a dudas es tierra fértil para el crecimiento y desarrollo exponencial de cualquier sociedad; un fenómeno que, literalmente, revolucionó nuestra manera de relacionarnos, de hacer negocios, de capacitarnos o estudiar y de acceder de forma libre y segura a información fehaciente, sin restricciones. Luego del análisis pormenorizado de la temática, entiendo que el desafío principal de la ley, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, es lograr un equilibrio entre los derechos de los usuarios, que merecen un acceso libre, gratuito, sin censuras ni restricciones y amparado en la libertad de expresión, con los derechos personalísimos de quienes se ven afectados de alguna manera con hechos suscitados en la red.

En el presente trabajo, se desarrollaron las diferentes posturas del derecho comparado respecto a la responsabilidad civil de los proveedores de servicios, se hizo mención de la notoria orfandad legislativa que atravesamos en la Argentina en materia regulatoria, se analizaron las leyes y decretos locales que definen y circunscriben la actividad desarrollada en Internet, pasando subsidiariamente al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con la responsabilidad objetiva y subjetiva, en la cual se apoyaron alternativamente numerosos fallos jurisprudenciales en nuestro país, desde hace ya algunos años.

Desde una posición personal, entiendo que sería imposible pensar en una responsabilidad objetiva de los motores de búsqueda, respecto al contenido que indexan. Ello sería matar, literalmente, a internet, cargando a espaldas de los proveedores de servicios una responsabilidad de monitoreo total sobre los contenidos indexados, tarea imposible desde lo técnico como también desde lo económico. Estamos hablando de plataformas que se limitan a posicionar y seleccionar de manera automática, contenido según palabras claves que el mismo usuario escribe. No es proveedor de contenido, como tampoco editor; su función se limita a la tarea de nuclear y organizar información. Mucho se ha especulado respecto a esta función, sobre todo a la luz de los recientes casos jurisprudenciales contra Google y Yahoo!, llegando a llamarlos “facilitadores” por el simple hecho de indexar el contenido injurioso. Pareciera, entonces, que sería viable imputarle responsabilidad al constructor de una carretera, por los hechos delictivos que ocasionase un delincuente que utilizó la misma para llegar al lugar del hecho o para escaparse del mismo. Por otro lado sería inviable, también, hablar de una responsabilidad de monitoreo, sin caer necesariamente en una censura previa que atenta directamente con la libertad de expresión amparada por numerosos tratados internacionales a los que Argentina previamente ha adherido.

Estamos en un momento “bisagra” en donde Internet es más protagonista que nunca y los hechos que presenta la jurisprudencia analizada, serán cada vez mayores; porque el mundo ya no es el mundo, el mundo es digital y nos está pidiendo “a gritos” una regulación clara que defina las reglas de juego, evite abusos y nos dé claridad a la hora de proceder tanto a operadores jurídicos como a usuarios. Debemos establecer límites, sin censurar ni avasallar la libertad de expresión. Crear legislación claras, que no solo definan el concepto de Internet, sino también su marco regulatorio. Debemos proteger el patrimonio de una sociedad que ya es 2.0 y que, queramos o no, ha evolucionado maratónicamente desde la aparición de Internet en el escenario social.

7. Bibliografía

- Bidart Campos, German (2000), “Medios de comunicación en la Democracia. Libertad de expresión, Revista de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal
- “Bidart Campos, Germán “Manual de la Constitución” Ed. Ediar. Buenos Aires
- Delpech, Horacio (2016): Manual de Derecho Informático Ed. ABELEDOPERROT. Buenos Aires

- Martínez, Adriana y Porcelli, Margarita. (2015) “Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet y de los Proveedores Online a nivel Internacional, regional y Nacional” Pensar en Derecho, Buenos Aires.
- Peguera Poch (2000), Comentarios de la Directiva 2000/31/CE
- Pizarro, Ramón Daniel (2006), “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa” ed. La Ley , T. II – parte especial.
- Villate, Javier (1998), “Censura Privatizada: “¿Quiénes son los editores en Internet?” Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI) N° 3
- Zavala de González (1988), “La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil”, J. A., semanario núm. 5560 del 23/3/88.

Leyes y Tratados

- Constitución Nacional
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (10/12/1948)
- Pacto San José de Costa Rica (22/11/1969)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (16/12/1966)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos

- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1998, Capítulo 2 B IV. (/04/1999)
- Decreto 1279/1997
- Ley 26.032
- Ley 34/2002, de los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico. (12/07/2002)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Libertad de Expresión e Internet"
- 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

Legislación y Jurisprudencia:Derecho Comparado

- Brasil, ley 12.965 sobre "Marco Civil de Internet" (abril de 2014)
- España, en la Ley 34 (Año 2002)
- Estados Unidos, Artículo 230, CommunicationsDecencyAct.
- Directiva europea 2000/31 EC establece en su artículo 15.1: "Los Estados. miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos

que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas

- "Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González", sentencia del 13 de mayo de 2014
- Corte Suprema de Estados Unidos. "Garrison v. Louisiana", 379 U.S. 64, 1964

Jurisprudencia Argentina

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios" Buenos Aires, 28 de Octubre del 2014
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. "Solaro Maxwell, María Soledad c/Yahoo de Argentina SRL." Buenos Aires, Noviembre de 2013
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. "Paola Andrea Krum c/Yahoo Argentina S.R.L s/daños y perjuicios. Buenos Aires, 31 de Agosto de 2012
- Superior Tribunal de Justicia. "S.M y otro c/Jujuy Digital y/o Jujuy.com s/daños y perjuicios" Resistencia, Jujuy. 28 de Junio de 2005
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Galera, Andrés. s/" 27 de Octubre del 2005.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Menem, Eduardo C. Sanz Tomás, M y otros" Buenos Aires, 20 de Octubre de 1998