

Definiendo el alcance y los límites de la responsabilidad de los buscadores de Internet.

Por Marcela I. Basterra.

Sumario: 1. Introducción. 2. El fallo “*M.J., J. c/ Google Inc.*”¹. 3. El ejercicio del derecho a libertad de expresión en Internet y la responsabilidad de los motores de búsqueda. 4. Algunas reflexiones finales.

1. Introducción.

Nos encontramos nuevamente frente al debate acerca de la protección de las ideas que se manifiestan a través de Internet, más específicamente frente a la discusión sobre las responsabilidades ulteriores que de las mismas derivan. En efecto, el fallo en análisis versa sobre un conflicto cuya actualidad no puede ser ignorada; concretamente nos referimos a la problemática que enfrenta el derecho a la información con el derecho a la intimidad de los usuarios de Internet.

En forma reciente, se han dictado numerosas sentencias² sobre esta temática, de las cuales corresponde destacar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “*Belén Rodríguez*”³, atento el carácter de “guía interpretativa” que la misma tiene para los jueces inferiores.

¹ CCyCF, Sala I, “*M.J., J. c/ Google Inc. y otro s/ medidas cautelares*”, sentencia del 23/06/2015.

² A título ejemplificativo pueden mencionarse las siguientes: CCyCF, Sala II, “*F. W., .C .G .y otro c/ Google Argentina S.R.L s/ medidas cautelares*”, sentencia del 17/12/2013; CNCiv, Sala III, “*Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. c/Castañeda Matías s/ cese de uso de marcas / daños y perjuicios*”, sentencia del 11/02/2014; CCyCF, Sala I, “*C., R. H. c/ Google Inc. y otro s/ incidente de apelación de medida cautelar*”, sentencia del 18/03/2014; CCyCF, Sala II, “*L., N. L. y otro c/ Google Argentina S.R.L s/ medidas cautelares*”, sentencia del 31/03/2014; CCyCF, Sala III, “*R., L. M. c/ Google Inc. s/ medidas cautelares*”, sentencia del 29/05/2014; Cciv, Sala K, “*R., R. c/ G. Argentina S.R.L. y Otro s/ medidas precautorias*”, sentencia del 30/05/2014; CCyCF, Sala III, “*C. E. A. c. Google Inc s/ hábeas data*”, sentencia del 18/05/2015, entre muchas otras.

³ CSJN, “*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*”, sentencia del 28/10/2014.

No es ocioso recordar además, que en el marco de la ONU el 1° de junio de 2011, una Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet⁴ dispuso que; *“La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba "tripartita")”*.

A su vez, en julio del año 2012 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU emitió una resolución, reconociendo por primera vez, el derecho a la libertad de expresión en Internet. En tal sentido sostuvo que; *"el ejercicio de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad de expresión en Internet, es una cuestión que reviste cada vez más interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones"*.

En estas mismas coordenadas, en la Declaración Conjunta del 2012 realizada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA; se advirtió que las leyes que regulan Internet deben tener en cuenta sus características especiales como herramienta única de transformación, que permite a miles de millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión⁵.

Por otra parte, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad en la era digital -aprobada el 18 de diciembre de 2013⁶-, exhorta

⁴ En ésta participaron: el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión -Frank LaRue-, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) -Dunja Mijatović-, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión -Catalina Botero Marino-, y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) -Faith Pansy Tlakula-.

⁵ BASTERRA, Marcela I., “Alcances de la tutela constitucional de la libertad de expresión. Los sitios de Internet”, LL 2014-D, p. 36.

⁶ Resolución N° 68/167 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad en la era digital aprobada el 18 de diciembre de 2013.

a todos los Estados, a respetar y proteger el derecho a la privacidad en el contexto de las comunicaciones digitales, adoptando las medidas necesarias para impedir las violaciones a este derecho.

De lo expuesto surge con total claridad el papel preponderante que en el debate jurídico ocupa el derecho a la libertad de expresión en Internet, y así ha sido receptado desde un principio en el ámbito local a través de la Ley 26.032⁷, que de manera categórica establece; “*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°-.

Sentado ello, el objeto del presente trabajo es determinar si la sentencia recaída en autos caratulados “*M.J., J. c/ Google Inc.*” produce algún impacto en la doctrina judicial que viene desarrollándose en la temática, o si por el contrario se limita a ratificarla.

2. El fallo “*M.J., J. c/ Google Inc.*”.

El actor solicita como medida cautelar que se ordene a *Google Inc.* y a *Yahoo* de Argentina S.R.L., eliminar determinados contenidos de los buscadores de Internet que administran, más específicamente aquellos que se vinculaban con la demanda que advierte iniciará con posterioridad. A tal efecto, señala que al ingresar su nombre en los buscadores se exhiben resultados de contenido injurioso formulados por personas cuya identidad es imposible conocer, en tanto actúan bajo pseudónimos. A su vez, el accionante señala que oportunamente requirió a las empresas demandadas que bloquearan los datos cuestionados, pero no recibió respuesta favorable.

El juez de primera instancia rechazó la acción, argumentando que existía superposición entre la medida precautoria y el objeto de la futura demanda, dado que para resolver la primera debía indefectiblemente emitir opinión sobre el fondo del asunto. A mayor abundamiento, explicó que para dilucidar el caso previamente tendría que definirse si *Google* o *Yahoo* son quienes difunden la información individualizada, así como a quién correspondería proceder a la eliminación de la misma. En este marco, remarcó que tampoco era posible advertir sin oír a los destinatarios, cómo el dictado de esta medida aseguraría la eficacia de la sentencia que eventualmente recaería contra ellos.

Contra este pronunciamiento la parte actora interpuso recurso de apelación. La Alzada destaca que la medida cautelar intentada es de las denominadas innovativas y en

⁷ Ley N° 26.032, publicada en el B.O. del 17/06/2005.

consecuencia implica un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que motiva una mayor prudencia en el análisis de los requisitos de admisibilidad. Pone de manifiesto que el *thema decidendum* en autos involucra dos intereses esenciales; por un lado, el derecho de la sociedad a estar informada, y por el otro, los derechos personalísimos o a la propiedad de las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectados por el uso de un medio de gran difusión como Internet.

En este contexto, reproduce la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “*Belén Rodríguez*” en relación a la responsabilidad de los buscadores de Internet. Así, concluye que toda vez que el peticionario no logró acreditar en autos la imposibilidad de identificar al titular del único blog individualizado como difusor de la información cuestionada, la medida cautelar contra *Google* y *Yahoo* para impedir el acceso a esas páginas *web* no resulta compatible con la protección que reconoce la ley N° 26.032 a la búsqueda, recepción y difusión de ideas de toda índole a través de Internet. Con estos fundamentos la Cámara decide rechazar el recurso deducido.

3. El ejercicio del derecho a libertad de expresión en Internet y la responsabilidad de los motores de búsqueda.

En nuestro país, el tratamiento de los motores de búsqueda de Internet y la influencia que sobre este aspecto tiene la libertad de expresión ha sido dirimido a través de varias decisiones judiciales. En este sentido, los tribunales inferiores en el precedente “*Krum*”⁸ se habían expresado condenando a los buscadores de Internet *Google* y *Yahoo* a abonar una indemnización a la actora, así como a eliminar definitivamente de sus respectivas páginas la imagen y/o el nombre de la accionante vinculados con sitios *web* de contenido sexual y similares.

Por su parte, el Alto Tribunal en el fallo “*Belén Rodríguez*” abordó dos aristas: la primera de carácter institucional, al reconocer que los buscadores merecen la misma tutela constitucional que los medios de comunicación, en orden a la libertad de expresión. La segunda, referida al derecho individual que tiene una persona de solicitar que se eliminen los enlaces con las imágenes o textos que puedan producirle un daño,

⁸ CNCiv., Sala J, “*Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro /s daños y perjuicios*”, sentencia del 31/08/2012.

cuando los intermediarios hayan sido debidamente requeridos y tomado conocimiento efectivo de la ilicitud.

Con excelente criterio, en esa oportunidad la Corte interpretó que los motores de búsqueda no tienen responsabilidad objetiva ni el deber de indemnizar, por el simple hecho de la actividad que realizan. No puede perderse de vista el contexto fáctico en el que le tocó al Alto Tribunal expedirse, esto es, en un proceso de daños y perjuicios en el que se intentó endilgarle responsabilidad objetiva a los buscadores.

Por supuesto que no implica desconocer la posibilidad de los particulares de reclamar una suerte de "derecho al olvido", ni tampoco adscribir a la irresponsabilidad absoluta de los motores de búsqueda; máxime teniendo en cuenta que es el propio Tribunal el que se encarga específicamente de individualizar estos supuestos⁹.

Ahora bien, sentado ello corresponde aclarar que en este trabajo se considerarán únicamente algunas reflexiones en torno a la responsabilidad de los buscadores de Internet, dado que abarcar el derecho al olvido excedería el objeto de estudio del mismo. En estas coordenadas, cabe recordar que el Máximo Tribunal reconoció la inexistencia de obligación de monitorear contenidos, de lo que obviamente se deriva la ausencia de responsabilidad por tal motivo. Siguiendo esta línea argumental, es que decidió aplicarle a este tipo de casos los presupuestos de la responsabilidad subjetiva, lo que significa que únicamente el buscador habrá incurrido en responsabilidad cuando haya tenido efectivo conocimiento del contenido ilícito. De esta forma, la Corte descarta contundentemente el régimen objetivo de responsabilidad; ello, en el entendimiento que de emplearse este criterio cualquier intermediario de Internet sería de manera automática responsable del contenido generado por terceros, lo que llevaría a monitorear el contenido¹⁰, incurriendo así en una especie de censura previa rotundamente prohibida por el texto constitucional. Con acierto, autorizada doctrina¹¹ ha explicado que la teoría que establece la naturaleza subjetiva en la responsabilidad de los buscadores, pone el acento en dos momentos distintos; uno *ex ante* y otro *ex post* de la notificación que el presunto afectado tiene que

⁹ BASTERRA, Marcela I., "La responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet en el centro del debate jurídico", LL 2014-F, p. 145.

¹⁰ PALAZZI, Pablo A., "Responsabilidad de buscadores de Internet. Notice & Take down con sabor argentino", LL 2014-F, p. 175.

¹¹ BORDA, Guillermo J. y PEREIRA, Carlos R. (h.), "El fallo de la CSJN sobre la información por Internet y libertad de expresión", LL 2014-F, p. 158.

realizar al buscador para que éste proceda a bloquear los contenidos que considera dañosos. Con anterioridad a la notificación mencionada, los motores de búsqueda debido a que operan de manera mecánica y automatizada, no tienen conocimiento de los datos que indexan y por ende no pueden ser responsables por los contenidos.

En contrario, la notificación “rompe” ese estado de neutralidad en relación a los datos que indexan y en consecuencia, al tomar conocimiento del supuesto ilícito se encuentran obligados a realizar otro tipo de conductas, cuyo incumplimiento los expone a una eventual responsabilidad por culpa. Este último parece ser el criterio más acertado -tomando en cuenta que los buscadores no tienen el deber de fiscalizar contenidos, so pena de producirse una censura encubierta-; es decir, se les atribuye responsabilidad recién después de haber sido notificados por el damnificado que determinados sitios de Internet infringen sus derechos por lo que requieren su eliminación o bloqueo; pues es a partir de ese momento que puede determinarse si medió un obrar diligente o no.

La resolución judicial que nos ocupa no entraña un viraje interpretativo en relación a esta jurisprudencia del Máximo Tribunal, ni tampoco respecto de la doctrina judicial establecida por la Cámara Federal con matices en sus tres salas. Justamente, en un caso similar, esta misma Sala entendió que *"(...) no se advierte óbice para que el actor dirija su pretensión contra los responsables de esos sitios y eventualmente debata con ellos la veracidad o exactitud de las noticias que considera que lesionan su honor, cuestión que 'Google Inc.' y 'Yahoo de Argentina S.R.L.' no están en condiciones de hacer, habida cuenta de que administran una herramienta de búsqueda de información. En efecto, lo contrario implicaría ejecutar las medidas contra quienes no son los responsables de la concreta información a la que se atribuye consecuencias lesivas para el honor del actor, es decir contra quienes no son los habilitados para contradecir respecto de la materia que se debate en autos"*¹².

Por su parte, también la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado la postura esgrimida en el *leading case* “Belén Rodríguez”, al señalar en autos “Da Cunha”¹³ y “Lorenzo”¹⁴ que; “La prohibición contenida en el art. 31 de la Ley 11.723 por la

¹² CCyCF, Sala I, “Miragaya, Eduardo Daniel c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otros s/ medidas cautelares”, sentencia del 23/12/2008.

¹³ CSJN, “Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia del 30/12/2014.

¹⁴ CSJN, “Lorenzo, Bárbara c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, sentencia del 30/12/2014.

indebida publicación o reproducción de imágenes sin consentimiento no es aplicable a los "motores de búsqueda" de internet por los thumbnails, meros intermediarios cuya única función es servir de enlace con páginas web —en el caso, pornográficos—, que responden civilmente por el contenido que les es ajeno, de acuerdo con el art. 1109 del Código Civil —responsabilidad subjetiva—, es decir, cuando han tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, y eso no fue seguido de un actuar diligente”.

A mayor abundamiento, especificó que “Atendiendo al principio general de prevención del daño, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces a sitios web que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, según la tecnología disponible, los “motores de búsqueda” adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos, debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia en la obtención de la finalidad, que es prevenir la repetición de la difusión de información lesiva, ello porque la libertad de expresión que protege a quienes realizan esta actividad no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo”.

Como se observa, el panorama jurisprudencial es uniforme y puede sintetizarse en los siguientes términos; no se admite la procedencia de aquellas acciones que pretenden condenas genéricas que ordenen eliminar todo vínculo sin mayores precisiones, porque ello implica atribuir a los buscadores una función de censura que no les corresponde¹⁵.

En otros términos, continúa plenamente vigente la doctrina establecida en “*Belén Rodríguez*” donde la Corte dispuso que eventualmente, la responsabilidad de los buscadores de Internet tendrá lugar a partir del conocimiento efectivo por parte de éstos del contenido ilícito. A tal efecto, diferencia a su vez aquellos contenidos injuriosos detectable a simple vista, de los que requieren mayor actividad probatoria para dilucidar si corresponde el bloqueo o eliminación. Este tipo de razonamiento demuestra que a criterio del Alto Tribunal, los motores de búsqueda de Internet son meros intermediarios; no obstante ello, se encarga de precisar que hay determinados supuestos en los cuales deben responder por contenidos que le son ajenos, ello se da cuando

¹⁵ MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Rechazo de una cautelar innovativa contra buscadores de Internet”, LL 2014-F, p. 454.

efectivamente tomaron conocimiento de la ilicitud de los mismos y no actuaron con la diligencia exigida.

Ahora bien, este marco conceptual lleva a poner en discusión otro tema de relevancia, en tanto es el que en definitiva da sostén a la teoría judicial, nos referimos al debate en cuanto al tipo de notificación que será requerida. De hecho, en el precedente de cita es la Corte la que diferencia entre las notificaciones privadas y las emanadas de autoridad competente. Advirtiendo que ante la falta de una regulación legal específica, surge la necesidad de establecer un criterio que permita distinguir claramente los supuestos en los que alcanza con una notificación fehaciente del afectado, de aquellos en los que se precisa orden de autoridad competente. A tal fin expresa que cuando el daño es manifiesto y es posible advertirlo con la simple consulta de la página *web* que ha sido identificada en la correspondiente notificación, no es necesario requerir ningún otro elemento. Por el contrario, cuando el contenido denunciado como dañoso exige de un esclarecimiento en sede judicial o administrativa, no puede imponerse al buscador que supla la función de la autoridad competente. Por ende, corresponde requerir la notificación judicial o administrativa no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado (Considerando 18).

El fallo objeto de estudio tampoco ha aportado elemento alguno en este sentido, es decir que aún queda un largo camino por recorrer en lo que respecta a la responsabilidad de los buscadores de Internet, cuestión que sería loable fuera abordada por el Poder Legislativo para posibilitar la sanción de un marco normativo que canalice esta temática, salvaguardando fundamentalmente el libre ejercicio de la libertad de expresión en Internet, pero sin descuidar los supuestos excepcionales, concretos y subjetivos en que los intermediarios deben ser considerados responsables.

4. Algunas reflexiones finales.

Sin duda, la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación es la actualización más importante de nuestra legislación de fondo, en tanto se ha realizado con base en los criterios jurisprudenciales y doctrinarios más recientes en las distintas disciplinas jurídicas¹⁶. Sin embargo, el tema en análisis continúa siendo una deuda pendiente a pesar que la novel legislación prevé en el artículo 1757 que; *“Toda persona responde*

¹⁶ VELTANI, J. Darío, “La pretensión informática en el Código Civil y Comercial”, LL RCCyC 2015 (agosto), p. 68.

por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

Es que la discusión en torno a la responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet aún no está zanjada, dado que son múltiples los cuestionamientos que al respecto se hacen.

La jurisprudencia en general se ha inclinado en su mayoría por adoptar la tesis subjetiva, siguiendo los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ahora bien, lo cierto es que incluso a la posición asumida por el Alto Tribunal le faltan aún algunos extremos que pulir.

Sin duda, esta doctrina judicial parte de reconocer el destacado rol que cumple la libertad de expresión en una democracia constitucional, reafirmando la tutela preferente que tradicionalmente ha tenido atento al *status* de libertad preferida que ostenta.

Por supuesto que este rango privilegiado del derecho a la información, no implica que siempre y en todos los casos que sea confrontado con otros derechos tenga absoluta prioridad; sino que impone la obligación a los jueces de actuar con especial prudencia al atribuir responsabilidades por su desenvolvimiento, y a realizar la tarea de interpretación con carácter sumamente restrictivo al momento de sacrificar tan excelsa libertad.

En tal sentido, la sentencia en estudio destaca que no sólo está en juego el derecho de quien desea expresarse, sino también el derecho de toda la sociedad a conocer las ideas de los demás y cotejarlas con las propias; así como el interés del sistema democrático en la circulación fluida de toda información. Es esta la posición adecuada, o al menos la que coincide con los mejores estándares aplicados en las democracias constitucionales.

Ahora bien, en este contexto resulta razonable que ante la publicación de determinada información que lesiona derechos de terceros, aquél que se sienta afectado solicite la eliminación o el bloqueo de esos contenidos, con el fin de proteger los derechos de la personalidad.

También parece lógica la distinción efectuada por el Alto Tribunal, entre aquellos contenidos que son palmariamente dañinos de aquellos que no lo son. No obstante, sobre este punto quedan cuestiones pendientes relacionadas a los requisitos que deberá

cumplir la notificación fehaciente del interesado, para ser considerada suficiente y exigirle al buscador un accionar determinado.

Seguramente con el devenir del tiempo, ya sea por parte de los jueces como de los legisladores, estos detalles comiencen a subsanarse, lo que da cuenta que sobre este tema todavía no hay soluciones que puedan considerarse definitivas, sino que se encuentra en pleno debate.

En este sentido, no puede omitirse mencionar que la ausencia de legislación específica que regule la responsabilidad civil de los “buscadores”, confiere un amplio margen de libertad para buscar en el caso concreto la solución jurídica que mejor resguarde los derechos que se encuentran en juego.