

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Transmisión digital. Proveedor de servicios. Motor de búsqueda. Imagen personal. Fotografías.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

**ORGANISMO:** Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala D

**FECHA:** 11-8-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Portal de la Biblioteca Jurídica Online [www.eldial.com](http://www.eldial.com). Referencia AA61D9

### **SUMARIO:**

*“La accionante ... promovió demanda por derecho propio contra Yahoo de Argentina S.R.L. y Google Inc. por la suma de ... en concepto de daño moral y material solicitando además se condenara a las demandadas al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y de su nombre y a su eliminación de los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y sus vinculaciones con dichos sitios y actividades”.*

*“Señaló que se desempeña como modelo, cantante y actriz, habiendo tomado conocimiento de la aparición de su fotografía y de su nombre en distintas páginas web de dudosa reputación y comprobado que incluyendo su nombre en el campo de búsqueda de las accionadas o de búsqueda por imágenes, sus fotografías, nombre e imagen eran utilizados sin autorización o consentimiento e indebidamente en sitios de contenido sexual, pornográfico, de acompañantes y otras actividades vinculadas al tráfico de sexo”.*

[...]

*“La juez de primera instancia en su pronunciamiento de fs. 1935/1951 hizo lugar a la demanda promovida y condenó a Google Inc. y a Yahoo de Argentina S.R.L. a abonar a la actora la suma de ... en concepto de daño moral ...”.*

[...]

*“Ninguna norma legal ha sido dictada en nuestro país tendiente a regular específicamente la responsabilidad de los ISP ...”.*

[...]

*“... no existiendo normativa especial que regule la responsabilidad de los ISP, dentro de los cuales las demandadas representan una de las distintas categorías existentes, corresponde aplicar al caso las normas que regulan la responsabilidad civil ...”.*

[...]

*“... no basta que la información o el contenido existente en la web y encontrado a través de los buscadores sea erróneo y aún lesivo para el honor, la imagen o la intimidad de una persona para que ésta tenga derecho a que le sea reparado el perjuicio causado. Comprobado el exceso o la ilegalidad, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el buscador conforme al régimen general de responsabilidad por el hecho propio ... que sigue el principio «alterum non laedere». Es decir, no basta la sola comprobación del daño para imponer el deber de resarcir, sino que es necesario probar el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo. Ese es el criterio también imperante en materia de responsabilidad de los medios de prensa”.*

[...]

*“... aún admitiendo la responsabilidad civil, la misma solo puede hacerse efectiva contra las demandadas en la medida en que, frente a una situación ilícita, y advertidas a través de los mecanismos pertinentes, no realicen la conducta atinente y necesaria para obtener la cesación de las actividades nocivas, pues, recién en ese momento, se configuraría una falta propia ...”.*

[...]

*“... sin perjuicio de los filtros que las demandadas puedan voluntariamente establecer a fin de impedir la indexación de sitios o imágenes que vinculen a determinadas palabras con contenidos de carácter pornográfico, erótico, sexual u otros contenidos que se consideren ilícitos, y que a tenor de lo que surge de la pericia informática son factibles desde el punto de vista técnico, o de la política que el Estado pueda llegar a adoptar en el futuro a fin de impedir el acceso a determinada información o a determinadas páginas de la web ... debe hacerse lugar a los agravios vertidos por las demandadas y en consecuencia revocarse la sentencia de primera instancia en tanto condena a las mismas a abonar a la actora la indemnización allí establecida”.*

Del voto disidente:

*“... Google Inc. y Yahoo!, tuvieron conocimiento que a través de sus motores de búsqueda se podía acceder a determinados contenidos de sitios de terceros indexados en sus búsquedas que utilizan la imagen, y/o vinculan el nombre de la actora con textos eróticos, pornográficos, sexuales u otros que se consideran ilícitos, que las demandadas pueden voluntariamente establecer filtros para impedir la indexación de sitios o imágenes que vinculen a determinadas palabras con tales contenidos ...”.*

[...]

*“La inconducta en que incurrieron las demandadas al no cumplir oportunamente las medidas cautelares ordenadas y firmes, procediendo a bloquear o impedir la existencia de contenidos ilegales y perjudiciales de los derechos personalísimos de la actora, es relevante e inexcusable”.*

**COMENTARIO:** Como bien apunta la sentencia que se reseña, en ausencia de normas específicas en materia de responsabilidad de los proveedores de servicios en la Sociedad de la Información, deben aplicarse las normas generales del derecho común acerca de la responsabilidad civil, que en el caso en comentarios sería la extra-contractual. Ello ya lo había declarado años antes la Corte de Apelaciones de Concepción en Chile (6-12-1999), cuando sentenció que “... los problemas originados en la red deben ser resueltos conforme a las ... reglas generales sobre responsabilidad civil y penal, pues en un sitio web pueden publicarse y divulgarse contenidos ilícitos o nocivos, sean mensajes, avisos o bienes protegidos por propiedad intelectual que no cuentan con autorización, cuya utilización cause daño a la honra y bienes de terceros, invadiendo su vida privada, intimidad, vulnerando su honra o atentando contra su patrimonio o incluso ser contrarios a la ley, al orden público, a la seguridad nacional o a la moral o a las buenas costumbres”. Ahora bien, aunque los proveedores de servicios no tienen una obligación general de vigilancia de los contenidos que circulan por la red, pueden ser responsables si, de acuerdo a las características del caso concreto, han tenido un “conocimiento efectivo” de que contribuyen a una actividad infractora, sea contra el derecho de autor o contra cualquier otro derecho de terceros, entre ellos el derecho a la imagen, a la intimidad, al honor o a la reputación de las personas, entre otros. En España, por ejemplo, la primera tendencia jurisprudencial, asumida por ejemplo en una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (11-9-2008), se basaba en una interpretación literal de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y, con base a ella, se adoptó el criterio de que ese “conocimiento efectivo” debía surgir de una decisión adoptada por la autoridad competente que declarara la ilicitud de los datos y que el proveedor de servicios conociera de la correspondiente resolución. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha posterior (9-12-2009), declaró que una interpretación así de restrictiva no era conforme con la Directiva Europea 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), “cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios ... ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo”, razón por la cual declaró que quedaba a salvo “la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”, pues “no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”. Por esa razón, el Tribunal Supremo decidió, en el caso objeto de la sentencia, que había circunstancias reveladoras de que el proveedor de alojamiento tenía conocimiento efectivo de las especies ilícitas publicadas en su página. © Ricardo Antequera Parilli, 2010.

### TEXTO COMPLETO:

*En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 11 días del mes de agosto de dos mil diez, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excm. Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil, Sala "D", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados "Da Cunha Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ Daños y Perjuicios", el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:*

*¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?*

*Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Patricia Barbieri, Ana María Brilla de Serrat y Diego C. Sánchez.//-*

*A la cuestión propuesta la doctora Patricia Barbieri, dijo:*

I)) Vienen estos autos a esta Sala, a fin de entender respecto de los recursos interpuestos contra la sentencia dictada a fs. 1935/1951, que hizo lugar a la demanda promovida por Virginia Da Cunha y condenó a Google Inc. y a Yahoo de Argentina S.R.L.-

II) Las apelaciones:

La sentencia fue apelada por la actora a fs. 1953, por la codemandada Yahoo Argentina S.R.L. a fs. 1962 y por la codemandada Google Inc. a fs. 1967, recursos concedidos libremente a fs. 1954, 1965 vta. y 1970 vta., respectivamente.-

Asimismo, los profesionales intervinientes, abogados, mediador, peritos y consultores técnicos, apelaron los honorarios que les fueran regulados.-

III) Los antecedentes:

La accionante Virginia Da Cunha promovió demanda por derecho propio contra Yahoo de Argentina S.R.L. y Google Inc. por la suma de \$200.000 en concepto de daño moral y material solicitando además se condenara a las demandadas al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y de su nombre y a su eliminación de los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y sus vinculaciones con dichos sitios y actividades.-

Señaló que se desempeña como modelo, cantante y actriz, habiendo tomado conocimiento de la aparición de su fotografía y de su nombre en distintas páginas web de dudosa reputación y comprobado que incluyendo su nombre en el campo de búsqueda de las accionadas o de búsqueda por imágenes, sus fotografías, nombre e imagen eran utilizados sin autorización o consentimiento e indebidamente en sitios de contenido sexual, pornográfico, de acompañantes y otras actividades vinculadas al tráfico de sexo.-

Fundó su reclamo en la circunstancia de haber visto avasallados sus derechos personalísimos a su imagen, su honor, su nombre y a su intimidad, y en su uso no () autorizado,

ofreciendo prueba y solicitando se hiciera lugar a la demanda promovida.-

Las demandadas al contestar el traslado que les fuera conferido, negaron la responsabilidad que se les imputara, explicaron las características de la actividad que desarrollan, impugnaron los daños y montos reclamados y solicitaron el rechazo de la demanda, con costas.-

IV) El pronunciamiento apelado:

La juez de primera instancia en su pronunciamiento de fs. 1935/1951 hizo lugar a la demanda promovida y condenó a Google Inc. y a Yahoo de Argentina S.R.L. a abonar a la actora la suma de cien mil pesos (\$100.000), cada una cincuenta mil pesos (\$ 50.000) en concepto de daño moral, con más sus intereses calculados a partir de la notificación de la demanda y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general -préstamos- nominal anual vencida a treinta días del Banco Central de la República Argentina, de conformidad al fallo plenario "[Samudio de Martínez Ladislaa c/Transportes Doscientos Setenta S.A. s/Daños y perjuicios](#)"[Fallo en extenso: - [elDial.com - AA518A](#)], en el plazo de diez días, y las costas del juicio, disponiendo asimismo la eliminación de las vinculaciones entre los buscadores de Yahoo de Argentina S.R.L., de Google Inc. y los sitios de contenido sexual, erótico y/o pornográfico que contuvieran el nombre, imagen y fotografías de la actora.-

V) Los agravios:

Las quejas contra la sentencia se han esbozado en extensísimos escritos presentados por la parte actora a fs. 1998/2110, por Google Inc. a fs. 2026/2048 y por Yahoo! de Argentina S.R.L. a fs. 2049/2114, las que fueron contestadas también con sendas presentaciones a fs. 2118/2136, 2138/2213, 2214/2224, y que trataré de resumir de la manera más clara y concisa posible.-

La parte actora se agravia en tanto la "a quo" desestima el reclamo efectuado en concepto de daño material por la utilización no autorizada de su imagen, alegando que mientras para ella ha significado una pérdida



*de ganancias, para las demandadas ha existido un enriquecimiento injusto atento que su utilización ha configurado un uso comercial o con fines económicos.-*

*La accionada Google Inc. se queja con fundamento en que la sentenciante no ha aplicado a los hechos demostrados en autos los preceptos generales que gobiernan la responsabilidad civil, ha efectuado un análisis equivocado de los presupuestos que configuran el daño resarcible (existencia de ilicitud en el obrar de Google, relación de causalidad entre los hechos y su obrar, el factor de atribución y la existencia del daño), se ha equivocado en asimilar a los buscadores de Internet a los medios de prensa, ha impuesto una carga de cumplimiento imposible, violando las normas que prohíben la censura previa e impuesto las costas a su parte sin perjuicio de haber rechazado la mitad de las pretensiones de la parte actora.-*

*Por último, la codemandada Yahoo! de Argentina S.R.L. se agravia en tanto sostiene haber sido condenada por el único hecho de brindar información acerca de la existencia de páginas de internet, cuando los hechos han sido perpetrados por terceros respecto de los cuales no tiene ningún tipo de control y contra quienes la actora dispone de las correspondientes acciones legales.-*

*VI) La solución:*

*1) En primer término, quiero dejar aclarado que los jueces no estamos obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el mismo (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611).-*

*2) En segundo término, considero que debo tener en consideración al resolver la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada que nos encontramos ante la presencia de una problemática novedosa, pues el avance que en*

*las últimas décadas ha tenido la alta tecnología, y en este caso el impacto que ha producido la tecnología de la información, con la aparición de Internet, no puede sin lugar a equivocación alguna, desconocerse.-*

*Y, en este aspecto, no puedo sino detenerme a meditar si no habrá sido este impacto similar al que produjo en siglos anteriores la revolución industrial, la aparición de la imprenta, o el telégrafo, y todos los inventos que cada vez con mayor frecuencia revolucionaron al mundo, día a día más ávido de información y que, aún con todas sus desventajas, en cualquiera de los casos, no fueron sino signo de progreso y de mayor bienestar y calidad de vida para la población toda.-*

*3) En tercer lugar también es mi intención dejar perfectamente clarificado, aún cuando no dudo que quienes aquí revisten el carácter de partes no lo desconocen, o por lo menos no lo ignoran quienes los representan o patrocinan en carácter de profesionales del derecho, cual es la función o el rol de esta magistrada.-*

*No se trata de manera alguna de escribir una obra de doctrina, de enseñar o dar clases de derecho, o de tecnología o de historia acerca del avance de los medios de difusión de la información. Los especialistas en tales temas son los que en su caso deberán dedicarse a ello y de seguro lo harán con mayor idoneidad. Para ello se ha efectuado en autos una experticia informática.-*

*Tampoco me interesa dictar una sentencia plagada de frases y citas grandilocuentes en las cuales probablemente ninguna de las partes reparará y así obtener comentarios elogiosos o críticas censurables por los conceptos que aquí pudiera llegar a exponer (aunque ninguna duda me cabe de que no me veré privada de tal mérito y que de ello será pasible, tal como aconteciera con la sentencia de la juez de grado que aquí fuera recurrida o con algún otro pronunciamiento de algún magistrado quien también debiera entender en tema similar, ello probablemente por estar referida la cuestión debatida en este litigio, como ya adelantara, a un tema novedoso para nuestro derecho), máxime cuando además por integrar un Tribunal de Alzada mi participación*

o actuación se verá constreñida exclusivamente a los agravios presentados por las partes.-

Cabe señalar que el Código Procesal en el art. 34 inc. 4° impone a los jueces el deber de respetar, en el pronunciamiento de sus sentencias "el principio de congruencia" y en el art. 163, inc. 6 establece que la sentencia definitiva debe contener la "decisión expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio..." CNFed. Cont. Adm. Sala II, 23/6/95, LL 1996-B-742). Es decir que, si bien es cierto que el juez puede omitir analizar los argumentos de las partes que a su juicio no sean decisivos, no puede otorgar más de lo que el actor pidió - ultra petitio- ni dar una cosa distinta de la pedida, modificando las pretensiones formuladas por las partes -extra petitum-. La incongruencia constituye falta de adecuación lógica entre las pretensiones y defensas de las partes y la parte dispositiva de la sentencia. Dicha conformidad lógica es ineludible en vista al respecto de principios sustanciales del juicio concernientes a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, pues la litis fija los límites de las facultades decisorias del tribunal que la ha dictado. (CNCom. Sala E, 25/10/88, Lexis, n° 11/45640, CSJN, 7/9/93 CSJN Fallos, 316-1977) (Elena I. Highton, Beatriz A. Areán "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", en igual sentido Morello Augusto M. "La eficacia del proceso" ed. Hammurabi, cap. 32, pág. 365).-

Sólo quiero transcribir un párrafo que en su "Estudio Introductorio" al Discurso preliminar al Código Civil Francés, escribiera Jorge Horacio Alterini: "Sobre la relación funcional entre el legislador y el juez, el Discurso Preliminar apunto que es: "...afortunado que la necesidad del juez de instruirse, de indagar, de profundizar las cuestiones que se le presentan, no le permitan jamás olvidar que si las cosas son arbitrarias para su razón, no hay asunto que esté sometido puramente a su capricho o a su voluntad". Dice, luego, que a diferencia de la materia criminal, en materia civil: "...es menester una jurisprudencia, porque es imposible reglar todos los objetos civiles mediante leyes, y es necesario terminar, entre particulares, debates que no se podrían dejar

sin decisión sin forzar a cada ciudadano a transformarse en juez en su propia causa, y sin olvidar que la justicia es la primera deuda de la soberanía".-

"No puedo menos que poner de relieve el máximo valor que asume el imponer al poder soberano el deber de realizar la justicia, al declarar hasta con solemnidad, que no se debe olvidar...que la justicia es la primera deuda de la soberanía".-

"Páginas después retoma la cuestión de la jurisprudencia y de la legislación y destaca: "...abandonamos a la jurisprudencia los casos raros y extraordinarios que no tenían cabida en el plan de una legislación razonable, los detalles demasiado variables y demasiado controvertidos que no deben ocupar a legislador, y todos los objetos que se esfuerce inútilmente en prever, o que una previsión precipitada no podría definir sin riesgos. Le corresponde a la experiencia llenar los vacíos que nosotros dejamos".-

"Sobre la conexión de las funciones legislativas y judiciales, el enfoque del Discurso Preliminar es correlativo de lúcidos planteamientos de Santo Tomás de Aquino".-

"Santo Tomás, que tiene en claro cuán augusta es la función del juez, pues hace suya la expresión de Aristóteles de que es la "justicia viviente" y llega a decir que "debe considerarse como un ministro de Dios", no desconoce la importancia de las leyes humanas. Por de pronto, hace suyo el criterio de Aristóteles acerca de que "mejor es ordenar todo según la ley, que dejarlo al arbitrio del juez". Y para fundamentar su posición, puntualiza: Y esto por tres razones, primero porque es más fácil encontrar unos pocos verdaderamente sabios que sean suficientes para establecer buenas leyes, que muchos más que serían necesarios para aplicar los principios a cada caso particular. Segundo, porque quienes establecen las leyes pueden pensar por largo tiempo lo que ha de mantenerse en ellas, en cambio quienes juzgan de hechos singulares han de hacerlo de momento, según se ven presentando éstos; y es más fácil que el hombre encuentre lo que debe de hacerse al considerar muchos casos, que no al tener en

*cuenta sólo alguno particular. Y tercero, porque los legisladores juzgan más universalmente y previendo el futuro; pero los jueces juzgan de casos presentes, y por lo mismo pueden dejarse llevar por el amor o por el odio, o por algún interés, y por estos motivos puede viciarse el juicio. Así, pues como la justicia viva de los jueces no es tan común, y porque es tan flexible, era necesario que, en todo lo posible, las leyes determinaran lo que había de juzgarse y por lo mismo que se redujera al mínimo lo que podía dejarse al arbitrio de los hombres" (L.L. Homenaje al Bicentenario del Código Civil Francés, pág. XXI).-*

*En consecuencia, trataré de dar solución al conflicto atendiendo en su caso a las quejas expuestas por cada una de las partes de la manera que más clara, concreta y sencillamente pueda efectuarlo. Eso es lo que los aquí interesados esperan y eso intentaré hacer.-*

*4) Se debate en estos autos si alguna responsabilidad cabe a las demandadas por los daños que la actora alega haber sufrido a raíz de haber visto involucrada su persona, su identidad, su imagen, su nombre y en definitiva su intimidad al aparecer en distintas páginas web de dudosa reputación a las cuales puede accederse a través del software proporcionado por las primeras y sin haber otorgado autorización alguna para ello.-*

*Es decir, debo analizar aquí si las ISP accionadas deben responder civilmente por los daños y perjuicios sufridos por la actora a consecuencia de los contenidos ilegales, ya sea por resultar injuriosos, deshonrosos, difamatorios, publicados por terceros.-*

*Ninguna norma legal ha sido dictada en nuestro país tendiente a regular específicamente la responsabilidad de los ISP (Proveedores de Servicios de Internet) existiendo a la fecha alguno que otro proyecto de ley en el Poder Legislativo (órgano encargado de sancionar las leyes), tales el del senador Jenefes o el del senador Capitanich, y que fueran duramente criticados, lo cual es de esperar atendiendo a los distintos intereses en juego en esta materia, muchos de carácter económico.-*

*Sí se encuentra vigente el decreto 1279/97 que declara que el servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social. Esto significa que resultan aplicables a los servicios de Internet las disposiciones de los arts. 14, 32 y 42 de la Constitución Nacional que establecen la libertad de expresión y prohíben la censura previa.-*

*A su vez la ley 26.032/05 establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.-*

*Dicha disposición en concordancia con las normas constitucionales que a su vez encuentran correspondencia en tratados internacionales de igual jerarquía, (tal la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 13) deben armonizarse a la luz de distintas disposiciones legales contenidas en el ordenamiento común como son el art. 1071 bis del Código Civil y el art. 31 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que amparan el derecho a la intimidad personal y el derecho a la imagen, y que por otro lado también gozan de protección constitucional a través del art. 19 de nuestra Carta Magna.-*

*Es decir, no existiendo normativa especial que regule la responsabilidad de los ISP, dentro de los cuales las demandadas representan una de las distintas categorías existentes, corresponde aplicar al caso las normas que regulan la responsabilidad civil.-*

*Respecto de la responsabilidad de los medios de comunicación social, como la prensa, ya he tenido ocasión de expedirme en diversas ocasiones. Recientemente y como integrante de esa Sala, he sido vocal preopinante en los autos "Kemelmajer de Carlucci, Aida c/Lanata, Jorge y otros s/ds. y ps." Expte. n° 31.819/04 de fecha 22/10/2009. Allí y en relación al tema, analicé si un derecho personalísimo, en el sub lite, el honor o la reputación de la actora se habían visto lesionadas por la conducta*



desplegada por la prensa, y si en su caso correspondía ordenar una reparación, remitiéndome a su vez a pronunciamientos dictados como juez de primera instancia (ver mis sentencias en autos "Burgo Primitivo Héctor c/ S.A. La Nación y otros s/ Daños y Perjuicios" Expte. Nº 19.459/00 del 13/12/2005 y "Servini de Cubría c/ EDITORIAL AMFIN S.A. y otros s/ daños y perjuicios" Expte. Nº 40.780/2002 del 27/07/2005 entre otros). En esas oportunidades sostuve, "siguiendo el pensamiento expuesto por el juez Claudio Kiper integrante de la Sala "H" de esta Excma. Cámara y que en la actualidad tengo el honor de integrar, que no se trata aquí de juzgar la labor del periodismo ni indicarle como debe realizar su trabajo. Lo que está en juego son los derechos de terceros y de juzgar, objetivamente, si éstos han sido lesionados. (CNCiv. Sala H R. Nº 385.193, en autos "Patitó José Angel c/Diario La Nación y otros s/daños y perjuicios", ídem su voto en fallo del 29/3/96, J.A. 1997-II-171, entre otros). Es decir, dejando sentada mi profunda convicción de que la prensa tiene el derecho de expresarse libremente, analizaré si en el caso en estudio ésta ha excedido o no los límites del ejercicio lícito del derecho de información en perjuicio a los derechos individuales o personalísimos de otro, en este caso, la actora, si ha desnaturalizado o no los hechos, con dolo, culpa o negligencia, y la naturaleza y magnitud del daño y los perjuicios a los intereses personales (cf. Fallos 314:1523, considerando 10º "Vago, Jorge Antonio c/Ediciones de La Urraca S.A. y otros" del 19 de noviembre de 1991)".-

"Coincido plenamente con el periodista Adrián Ventura, en que la libertad de expresión y sus garantías analizadas a la luz de los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no atraviesan su mejor momento en la República Argentina (ver su comentario al respecto en Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, del 28 de setiembre de 2009, pág. 51 y ss.)".-

"Si bien este periodista hace referencia a diferencia de lo que ocurre en autos, a las agresiones verbales proveniente de alguno de

los Poderes del Estado hacia los distintos medios periodísticos y la obstrucción en la aprobación de proyectos de ley referidos al acceso a la información o que pretenden la modificación de los delitos de calumnias e injurias, conforme lo ordenara la Corte IDH en el caso "Kimel vs. Argentina" el 2 de mayo de 2008, o que pretenden impulsar proyectos de ley que dan amplia discrecionalidad al poder de turno para decidir sobre licencias o contenidos de los medios audiovisuales, los estándares internacionales fijados por este Tribunal al resolver cada uno de los casos respecto de los cuales ha sido llamada a pronunciarse en materia de libertad de expresión – y que Ventura tan bien sistematiza - son aplicables a la gran generalidad de las situaciones que en torno a esta temática puedan llegar a plantearse".-

"Fuera está de toda discusión que la libertad de expresión es la piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática, como lo ha señalado este organismo internacional en distintos pronunciamientos determinando lo que llamamos "estándar democrático" (por ej. Caso Olmedo Bustos)".-

"Es por eso que tanto nuestra Carga Magna como la mayoría de los tratados Internacionales, contemplan y amparan la libertad de expresión y de información, condenando cualquier tipo de censura previa".-

Pero a su vez, también en dicho pronunciamiento sostuve que "Más ello no implica, empero, desconocer que la garantía de la libertad de prensa, como ninguna otra, no es absoluta, ni debe interpretarse de modo que anule o contradiga otros derechos (Fallos 306:1892, 308:789), pues no es admisible sostener que entre los valores que enuncia la Constitución exista una jerarquía que conduzca a reconocerle prioridad a alguno de ellos".-

"El derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, tiene un lugar eminente que obliga a



particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos 119:231, 155:57, 167:121, 269:189, considerando 4º, 269:195, considerando 5º). La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran en de la integridad moral y el honor de las personas (arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional) (CSJN Fallos 308:789 considerando 5º).-

"Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el "abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido "Opinión consultiva OC-5, 13/11/85, Corte I.D.H. (Ser.A) Nº 5 (1985)".-

"Ahora bien, el derecho de informar no escapa al sistema general de responsabilidad por los daños que su ejercicio pueda causar a terceros (P. 36, XXIV "Pérez Arriaga Antonio c/Arte Gráfica Editorial Argentina S.A." del 2 de febrero de 1993, entre otros)".-

"En consecuencia, si la prensa excediese los límites que son propios del derecho de informar y se produjese, incausadamente, perjuicio a los derechos individuales de otros, se generaría la responsabilidad civil o penal por su ejercicio abusivo, en cuyo caso será necesario evaluar dicha violación teniendo en vista el cargo que la Constitución le ha impuesto a la prensa y las garantías que para su cumplimiento le asegura, condicionamientos que obligan a los jueces a examinar cuidadosamente si se ha excedido o no de las fronteras del ejercicio lícito del derecho (voto de los Dres. Fayt y Boggiano, causa "Kimel", Fallos 321:3601)".-

"Precisamente, la Corte IDH al decir del periodista Ventura, en su comentario antes mencionado, ha evolucionado en el tema de la responsabilidad de los medios en el ejercicio de la función social y ello puede verse en los

casos Herrera Ulloa y Kimel, estableciendo que los periodistas y los medios deben recoger y transmitir las informaciones en toda su diversidad y los periodistas deben basar sus opiniones en hechos constatados de modo razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, y deben tomar cierta distancia crítica de sus fuentes.- Señala la Corte IDH que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de responsabilidad ulterior".-

A su vez, en los autos "Ruggero Silvia c/ Pronto Semanal y otros s/ daños y perjuicios" Expte. Nº 42.133/01, también como juez de primera instancia, sostuve que "si la información es lesiva al honor, a la intimidad o lesiona algún otro derecho personalísimo, el órgano de difusión debe responder por el perjuicio causado, en los términos del art. 1109 del Código Civil, pues libertad de prensa no significa impunidad ni tampoco que la misma deba prevalecer frente a estos últimos, cuando es en la propia constitución nacional donde se encuentra inscripta una norma también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad consagrado en el art. 19 de la Carta Magna (C.S.J.N. Fallos 306:1892)".-

En ese caso, dos eran las circunstancias que debían ser analizadas 1) si se había difundido la imagen de la actora sin su consentimiento y 2) si se había afectado su derecho a la intimidad, a la privacidad y al honor, todo ello en violación a las disposiciones de los arts. 31 de la ley 11.723 y 1071 bis del C. Civil, normas que resultaban allí, según mi entender, de aplicación para dilucidar la cuestión.-

Continué señalando que "La protección material del ámbito de la privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias (CSJN, "Ponzetti de Balbín Indalia c. Editorial Atlántica S.A." J.A. 1985-I-510, voto del Dr. Petracchi)".-

"La reserva como bien jurídico protegido es "la cobertura espiritual, envoltura o disfraz que envuelve y protege cierto sector de la vida de

*toda persona, cerrándolo, no descubriéndolo, guardándolo con exclusividad, apartando ingerencias, intromisiones y fiscalizaciones. La vida privada protegida por el art. 1071 bis es el conjunto de datos, hechos o situaciones reales, desconocidos por la comunidad y reservados al conocimiento bien del sujeto mismo, bien de un grupo reducido de personas (Código Civil, Bueres - Highton, Tomo 3-A, pág. 130 y sus notas)".-*

*Si bien estos principios resultarían vigentes si en autos la demandada fuera un periodista, un editor o un medio de prensa, en el caso y siguiendo los principios generales a los que he hecho referencia, entiendo que no se dan todos los presupuestos necesarios para hacer efectiva contra las demandadas la responsabilidad que se pretende.-*

*En efecto, como ya señalara, la demanda ha sido interpuesta contra dos ISP, en el caso los buscadores Yahoo! de argentina SRL y Google Inc.-*

*Dado que la actora ninguna relación contractual tiene con los mismos, la responsabilidad de éstos en su caso se valorará de conformidad con las normas que rigen la responsabilidad extracontractual y dentro de estas directrices, bien podemos recurrir a la responsabilidad objetiva que emerge del art. 1113 del Código Civil, en tanto consideremos que la actividad que despliegan las accionadas encuadra en la teoría del riesgo creado (segundo Párr. segunda parte del artículo citado) o bien se trate de una responsabilidad subjetiva, entrando entonces en juego las disposiciones contenidas en los arts. 512 y 1109 de la ley sustantiva.-*

*Ahora bien, cabe preguntarnos entonces cual es el papel que las demandadas juegan o despliegan entre todos los protagonistas que confluyen en este inmenso mundo virtual.-*

*Santiago Muñoz Machado, en su obra "La regulación de la red de Internet" se refiere a la posición jurídica en que están ubicados los distintos operadores en el ámbito de Internet, y es así que distingue:*

*a) El editor: que incorpora los contenidos puestos a disposición del usuario.-*

*b) El dueño del sitio: que controla los recursos informáticos conectados a internet.-*

*c) El proveedor de servicios, que actúa como intermediario entre el editor y el usuario.-*

*d) El operador, que engloba en su oferta diversos contenidos.-*

*e) El proveedor de acceso que comercializa la prestación técnica.-*

*f) El transportador, que es un operador técnico que permite la interconexión de las diversas redes que conforman la red.-*

*A mi juicio, y por lo menos tratando de simplificar como ya lo adelantara y en todo lo posible la cuestión en litigio, considero que a ese efecto basta con diferenciar los siguientes grupos o categorías dentro de los ISP (Internet Services Providers o Proveedores de Servicios de Internet):*

*a) están los Proveedores de Acceso o Internet Acces Providers, que brindan a los usuarios el servicio de conexión a Internet, es decir, funcionan como una empresa prestadora de un servicio de telecomunicaciones, que facilitan el acceso a internet, tal como por ejemplo Dial-up, Edge, ADSL, Cablemódem, etc.-*

*b) Los proveedores de alojamiento o Hosting Service Providers que almacenan los contenidos de los sitios en sus servidores, ya sea que lo hagan en forma gratuita, a cambio de publicidad, etc.-*

*c) Los proveedores que ofrecen programas especiales que se utilizan para ubicar los contenidos que tengan las características definidas por el usuario, es decir, los buscadores, como son las aquí demandadas. Se trata de ofrecer públicamente programas de software que interactuando con Internet posibilita localizar información.-*

*Resulta a mi criterio evidente que los primeros ninguna responsabilidad les cabría por la*

*difusión en la web de contenidos que pudieran resultar lesivos para terceras personas, pues, como recuerdo haber leído en alguna oportunidad, sería lo mismo que responsabilizar a Telecom o a cualquier empresa de telefonía celular por el hecho de que dos personas utilicen una línea telefónica para preparar y determinar los detalles de perpetración de un delito. Es una situación tan obvia que no encuentro impedimento alguno para efectuar tal observación.-*

*En cuanto a los segundos es decir, los proveedores de alojamiento de contenidos, no siendo parte en ese proceso no considero oportuno expedir opinión al respecto.-*

*Y en cuanto a los terceros, los proveedores de programas de búsqueda de contenidos, dado que aquí se encuentran demandados dos buscadores, me limitaré conforme es mi función, a establecer si algún tipo de responsabilidad cabe atribuírsele por los hechos que la actora les imputa.-*

*Entiendo que no resulta de aplicación a ellos la teoría del riesgo creado, pues si bien los buscadores actúan proporcionando una herramienta al usuario que utiliza la computadora (cosa riesgosa) para localizar los contenidos o la información por él definida, dichos contenidos o información no son creados o puestos en la red o editados por los buscadores.-*

*Insisto en este punto: 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. Así en estas palabras lo establece el Sr. Perito informático licenciado V. a fs. 1514 de su tercera presentación.-*

*Pero quien o quienes deciden el contenido que se carga en cada sitio web, es precisamente cada sitio. Periódicamente recorren con programas Internet, accediendo a su contenido, este contenido lo clasifican y almacenan, para ser utilizado por las búsquedas que se realizan en los buscadores (ver fs. 1500 vta. da experticia informática).-*

*Interrogado el perito acerca de quién o quienes deciden con qué términos se describen los sitios web, el mismo responde que los meta tags son etiquetas html que pueden o no ser incorporadas en el encabezado de una página web y que resultan invisibles para un visitante normal, pero de gran utilidad para los navegadores u otros programas que pueden valerse de esta información. Su propósito es el de inducir información referencial sobre la página: autor, título, fecha, palabra clave, descripción etc. Esta información puede ser utilizada por los robots de búsqueda para incluirla en las bases de datos de sus buscadores y mostrarla en el resumen de búsquedas o tenerla en cuenta durante las mismas. Los "meta tags" suelen ser utilizados por los propietarios de web sites para lograr que usuarios que realizan búsquedas con alguna palabra muy utilizada en Internet los encuentren más rápidamente. El nombre de los links html que vincula los distintos elementos contenidos en los web sites lo determina el creador de cada sitio web. Un sitio web puede tener distintas estructuras a saber: Árbol, Listas, Mixtas o Red.- (ver fs- 1500 vta.).-*

*Ante el pedido de aclaraciones que el perito evacua a fs. 1677, y ante la respuesta que brindara al punto 2° c) del interrogatorio ofrecido por la actora al hacer referencia a que el buscador decide cuales sitios mostrar o realiza un análisis del contenido existente en un determinado sitio, el experto señala que el término "analizan los contenidos" surge de terminología de orden técnico al proceso para el tratamiento computacional de unidades de información (bit) Bajo esta consideración implícitamente queda dicho que no es una intervención humana.-*

*Siguiendo entonces estos lineamientos, no cabe sino concluir que la responsabilidad en su caso de los buscadores debe analizarse a la luz de lo normado por el art. 1109 del C. Civil.-*

*Como señalara Messineo en su "Manual de Derecho Civil y Comercial" traducido al español, Buenos Aires, 1955, T. VI p. 477, la justificación de la responsabilidad extracontractual (deber de resarcir el daño) se pone en la violación del denominado deber del neminem laedere (que es un deber legal), o*



sea, en el hecho de que, quien atenta contra el círculo jurídico (de ordinario patrimonial) ajeno, ocasionándolo un daño, está obligado a eliminarlo.-

Y desde este punto de vista, entonces, no basta que la información o el contenido existente en la web y encontrado a través de los buscadores sea erróneo y aún lesivo para el honor, la imagen o la intimidad de una persona para que ésta tenga derecho a que le sea reparado el perjuicio causado. Comprobado el exceso o la ilegalidad, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el buscador conforme al régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene la fórmula del artículo 1109 citado, y que sigue el principio "alterum non laedere". Es decir, no basta la sola comprobación del daño para imponer el deber de resarcir, sino que es necesario probar el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo. Ese es el criterio también imperante en materia de responsabilidad de los medios de prensa. Larga es la lista de juristas que han sostenido el soporte subjetivo en este caso y las razones que han expuesto en defensa de su tesis son por demás conocidas, pero basta citar las opiniones de Atilio Alterini y Aníbal Filipini, en ocasión del caso "[Campillay](#)" [[Fallo en extenso: elDial.com - AA5C9J](#)] (L.L. 1986-C-406 y ss.), López Cabana, Roberto M., "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación social por la difusión de noticias", en "Responsabilidad por daños", Homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina, Abeledo Perrot, Bs-As- 1990, t.II, pág. 27, Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad de los órganos de prensa por informaciones inexactas", L.L. 1989-B-286 y ss., Vázquez Ferreyra, Roberto, "Responsabilidad por difusión de noticias falsas o inexactas", en "La responsabilidad", homenaje al Prof. Isidoro Goldenberg, Abeledo Perrot, Bs. As. 1995, p.649, entre otros.-

Ahora bien, si entonces las demandadas responderán por los daños y perjuicios ocasionados a la actora por los cuales demanda en los términos del art. 1109 del Código Civil, cabe preguntarse cuál ha sido la conducta que las mismas han desplegado y que encuadre en ese factor subjetivo de

imputabilidad: la culpa, que el art. 512 del Código Civil claramente conceptualiza.-

No olvidemos de que los contenidos e información a los cuales se puede acceder a través de los servicios proporcionados por las demandadas no han sido, insisto, creados o editados o "colgados" por ellas, sino por terceros, que en la mayoría de los casos, y así lo señaló el perito informático, permanecen en el anonimato.-

Según Ester María Pugin de Isola, siguiendo a Gerardo Ancarola (Libertad de Prensa, un fallo de la corte Suprema de Justicia sobre el derecho a la intimidad, publicado en L.L. 2002-A-13) señala que constituye una cuestión de suma importancia la protección de los derechos de la persona en general y de los derechos personalísimos, en particular, frente a la agresión (producida o a producirse) por parte de los medios de comunicación, dado que, por pregonar la libertad de prensa, se ve naufragar muchas veces, atacadas por publicaciones indebidas, a las prerrogativas fundamentales del ser humano, como lo son el honor, la intimidad, o la imagen. Hace referencia a la Internet, manifestando también que la misma tiene la particularidad de estar basada en dos pilares: La libertad y la desregulación. En efecto, la libertad para ingresar y desenvolverse en ella, recibiendo y ofreciendo la más variada información.

La desregulación es consecuencia de la imposibilidad material de los Estados y personas de interferir las comunicaciones y de establecer límites tecnológicos para su funcionamiento. El único censor o autocensor que admite Internet es la voluntad del propio usuario. Pero si bien existe esa imposibilidad de implementar ciertos tipos preventivos de control para alguno de sus operadores, esto no significa que su ejercicio esté exento de responsabilidades ulteriores cuando se incurre en un acto ilícito. Pero las normas jurisdiccionales y doctrina que fueron aparentemente satisfactorias para regir la libertad de expresión a través de los medios gráficos y electrónicos clásicos resultan manifiestamente insuficientes para cumplir un papel similar en el siglo XXI. No existe en el Derecho argentino ni en el Derecho francés



*legislación que resuelva el punto, de modo que la solución está en manos de la jurisprudencia que se maneja con un criterio variable (no comparto totalmente este concepto, entiendo que en realidad debió hacer referencia a que la jurisprudencia nacional se "maneja" en su caso con las normas de derecho de los cuales disponemos y que no son otras, como ya señalara que las del derecho común) ("Responsabilidad de los medios de Prensa, La culpa y los medios objetivos de imputación", Revista de Derecho de Daños, 2006-3, Creación de riesgo-I pág- 187, Editorial Rubinzal - Culzoni, año 2007).-*

*Pero en lo que aquí interesa, rescato de este comentario que también entiende que la responsabilidad de los prestadores del servicio de servidor - que entiendo está refiriéndose a los operadores del servicio que es donde se alojan los materiales y que estaría en condiciones de conocer la identidad de sus clientes y deberá ejercer sobre ellos un mínimo de control - carga con diversos deberes entre los que menciona: a) Deber de información, que comprende el deber de informar y el de informarse, b) Deber de reacción o de vigilancia sobre los contenidos que él permite colocar en línea, debiendo verificar al subirlos a la red que ellos no se apartan de lo que es lícito y moral, lo cual no significa censura previa, pero sí la adopción de las medidas conducentes a hacer cesar el problema, medidas que deben ser proporcionadas a la gravedad de la conducta del cliente y que pueden llegar a la rescisión del contrato. Si bien la responsabilidad de quien coloca los mensajes ilícitos en Internet es subjetiva, y se basa en el dolo de ejercitar una actividad prohibida, es decir, se trata de una responsabilidad por el hecho personal del autor del mensaje ilícito, para comprometer la responsabilidad del proveedor del servicio de servidor, debe otorgársele una falta propia a éste; así y siguiendo a Clemente Moro y Cavanillas Mugica, en su obra "Responsabilidad civil y contratos en Internet", pág. 115, señala que el intermediario o administrador de Internet desde donde se realizan actividades ilegales sería responsable si no realizara esa labor de custodia o control de los contenidos puestos en línea por sus clientes. Por ello, el prestador de servicios de*

*internet ha de ser tenido como un editor y no como un distribuidor. (ob. Cit. Pág. 192/193).-*

*Pero siguiendo con la lectura de este artículo, vemos que no se está refiriendo a los buscadores, sino a la actuación del host, la que debe ser apreciada a la luz del concepto de diligencia debida, construido caso por caso, en forma concreta a partir de los artículos 512, 902 y 909 del C-Civil. Si a la luz de estas normas, el host o proveedor demandado no ha observado una diligencia adecuada, actuando con ligereza o negligencia, será responsable. En el caso contrario, no lo será. Y para deslindar entre ambos campos, el concepto de previsibilidad resulta importante dado que conceptualmente no puede existir culpa donde no existe previsibilidad.-*

*Coincido con esta comentarista en el sentido de que los hechos, culposos o dolosos que, en el uso de sistemas automatizados de información, causen daños a terceros, caen, genéricamente, dentro de la preceptiva del artículo 1109 del Código Civil, regulación del deber de no dañar a los demás, y en ese sentido me he expedido, como asimismo que tales hechos, pueden además, configurar una ilicitud violatoria de lo dispuesto en el art. 1071 bis del Código Civil que incrimina la intromisión arbitraria en la vida ajena, con perturbación de la intimidad o privacidad, garantida inclusive por el artículo 19º de la Constitución Nacional.-*

*En este sentido se ha expedido Fernando Tomeo en "Las Redes Sociales y su régimen de responsabilidad civil" (L.L. 14 de mayo de 2010).-*

*Pero entiendo que aún admitiendo la responsabilidad civil, la misma solo puede hacerse efectiva contra las demandadas en la medida en que, frente a una situación ilícita, y advertidas a través de los mecanismos pertinentes, no realicen la conducta atinente y necesaria para obtener la cesación de las actividades nocivas, pues, recién en ese momento, se configuraría una falta propia susceptible de ser apreciada en los términos de los arts.512, 902, 1109 y cc. del Código de fondo.-*

*Resumiendo entonces, con anterioridad a cualquier reclamo del afectado solicitando el bloqueo del contenido que considera agravante y disponible en Internet a través de los buscadores demandados, no puede a los mismos serle atribuida o adjudicada culpa alguna por los contenidos cuestionados.-*

*Así también en el artículo "ut supra" referenciados, Tomeo sostiene que las redes sociales responderán con las precisiones siguientes:*

*"a) Si la red social no fue notificada de la existencia del contenido ilegal no tiene responsabilidad aunque dichos contenidos se encuentren alojados en su plataforma".-*

*"Sostener lo contrario implicaría imponer a las redes sociales la obligación de monitorear y moderar millones de contenidos, esto es, imágenes, opiniones y comentarios (algunos emitidos en tiempo real) u otros contenidos enlazados (como videos o fotos) que se suben a la red en forma intermitente, minuto a minuto. Ello conlleva una obligación que no se condice con la realidad y la rentabilidad del negocio y una censura previa que se agrega a la incidencia del costo empresario".-*

*"b) Si la red social fue notificada extrajudicialmente de la existencia del contenido ilegal y se le reclamó su eliminación debe proceder a darlo de baja cuando el mismo resulta ostensible y manifiestamente ilegal, ya que cuenta con los elementos y las herramientas técnicas necesarias para evitar que el ilícito se continúe cometiendo, esto es, posee la capacidad técnica para ejercer el control".-*

*"En este sentido se debe requerir a la red social un obrar leal, de buena fe y con la diligencia de un buen hombre de negocios en los términos de nuestra ley civil".-*

*El criterio de irresponsabilidad de los proveedores o intermediarios de Internet, tiene como primer antecedente la sección 230 de la Communications Decency Act (Ley de Decencia en las comunicaciones) del año 1996, en Estados Unidos, que estableció que los proveedores de servicios informáticos*

*interactivos, entre los cuales se encuentra incluidos los buscadores, son inmunes a los reclamos de responsabilidad por información publicada por terceros.-*

*Por su parte, la directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico, del 8 de junio de 2000 y que tuvo por objetivo principal armonizar las diferentes legislaciones de los países que integran la Comunidad Económica Europea, a fin de que sus diferencias no afecten al tráfico económico y los principios que rigen en el ámbito de la Unión, trae medidas que se limitan al mínimo necesario para conseguir el correcto funcionamiento del mercado interno y es respetuosa en principio con la libertad propia de Internet, expresando en sus considerandos que "la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información, puede constituir, en muchos casos, un reflejo específico en el Derecho comunitario de un principio más general, esto es, de la libertad de expresión consagrada en el apartado 2 del art. 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales....La presente Directiva no está destinada a influir en las normas y principios nacionales fundamentales relativos a la libertad de expresión.-*

*En lo que hace a la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de información, legislada en sus artículos 12 a 15, proporciona normas que exoneran de la misma bajo determinados requisitos.-*

*Así, el artículo 12 relativo a la mera transmisión de datos, establece que el prestador del servicio de transmisión en una red de comunicaciones de datos facilitados por el destinatario del servicio o de facilitar acceso a una red de comunicaciones, incluido el almacenamiento automático y provisional de los datos que se transmite, no será responsable de los datos transmitidos siempre que el prestador no haya sido quien origine la transmisión, no seleccione al destinatario de la transmisión ni seleccione o modifique los contenidos.-*

*El Sr. perito informático ha debido responder acerca de la utilidad de este mecanismo (ver fs. 1501 vta. 1502).-*

*El artículo 13 se ocupa de lo que llamamos "cache", excluyendo también de responsabilidad al prestador de servicios que almacene automática y provisionalmente la información con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información.-*

*En cuanto a los hostings (alojamiento de datos) excluye su responsabilidad siempre que éste no tenga conocimiento que la actividad desarrollada por el destinatario del servicio sea ilícita y que en cuanto tenga conocimiento de esta ilicitud actúe con prontitud para retirar los datos. Todo ello, sin perjuicio de que las autoridades ordenen el retiro de los mismos.-*

*Pero impone a estos prestadores el deber de colaboración al decir que los Estados podrán establecer obligaciones tendientes a que se comunique con celeridad a las autoridades los presuntos datos ilícitos, como, a solicitud de éstas, la información que permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdo de almacenamiento.-*

*A su vez, la ley 34/2002 española de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) y que incorpora la Directiva 2000/31/CE establece la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información, y aunque no acogió totalmente el espíritu de la Directiva, en lo relativo a los prestadores de servicios que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, dispuso en su artículo 17, un régimen de responsabilidad idéntico al establecido para los prestadores de alojamiento de datos, estableciendo una exoneración de responsabilidad, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.-*

*La ley requiere el conocimiento efectivo condicionado por la existencia de un órgano competente que debe haber declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retiro o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de lesión de*

*bienes o derechos de terceros susceptibles de reparación, y que el prestador conociera la correspondiente resolución y sin perjuicio de que los contenidos se retiren en virtud de acuerdos voluntarios y otros medios de conocimiento efectivo que puedan establecerse.-*

*Observo además, que entre las Condiciones de servicio de Google, se establece que el usuario reconoce que toda la información, como archivos de datos, texto escrito, programas informáticos, música, archivo de audio u otros sonidos, fotografías, videos u otro material gráfico, al que tenga acceso como parte de los Servicios o a través del uso de estos es responsabilidad de la persona que ha creado dicho contenido (art.8.2) y que la política de Google consiste en responder a las notificaciones de supuestas infracciones de derechos de autor de acuerdo con lo estipulado por la ley de propiedad intelectual internacional, incluida la ley estadounidense de protección de derechos de autor (Digital millennium Copyright Act) así como en cancelar las cuentas de infractores recurrentes, (art. 16.1) como asimismo que Google cuenta con un procedimiento de reclamación de marcas comerciales relativo a su negocio publicitario (art. 16.2) dando las direcciones a las cuales se puede recurrir.-*

*Por lo tanto y sin perjuicio de los filtros que las demandadas puedan voluntariamente establecer a fin de impedir la indexación de sitios o imágenes que vinculen a determinadas palabras con contenidos de carácter pornográfico, erótico, sexual u otros contenidos que se consideren ilícitos, y que a tenor de lo que surge de la pericia informática son factibles desde el punto de vista técnico, o de la política que el Estado pueda llegar a adoptar en el futuro a fin de impedir el acceso a determinada información o a determinadas páginas de la web (tal el caso de algunos países que como es de público y notorio conocimiento han impuesto restricciones a los usuarios de los mismos en las búsquedas -China y Cuba-) considero que debe hacerse lugar a los agravios vertidos por las demandadas y en consecuencia revocarse la sentencia de primera instancia en tanto condena a las*



*mismas a abonar a la actora la indemnización allí establecida.-*

*5) En cuanto al agravio formulado por la accionada Google Inc. en relación a la eliminación de todas las vinculaciones entre los buscadores de las demandadas y los sitios de contenido sexual, erótico y/o pornográfico que contengan el nombre la imagen y/o fotografías de la actora, como consecuencia de lo resuelto precedentemente y sin perjuicio de lo ya ordenado y cumplimentado en los autos sobre medidas cautelares caratulado "[Da Cunha Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL](#)" [Fallo en extenso: [elDial.com - AA54F2](#)] expte. N° 63.314/2006 no surgiendo de la pericia informática sino solamente la posibilidad técnica de efectuarlo, más no se establece expresamente la manera de materializar dicho cumplimiento, no cabe sino mantener la decisión adoptada por la "a quo" y en tanto sea la interesada la que comunique a las demandadas los sitios web con contenido ilícito o que considere agravante que deban ser bloqueados a los fines de impedir su acceso a través del buscador, ello sin perjuicio de las demás medidas que la propia actora pueda requerir respecto de los dueños de los sitios de Internet donde se encuentren alojados los contenidos que considere dañosos.-*

*Por todo ello y si mi voto fuera compartido por mis estimados colegas, propicio al Acuerdo: 1) Hacer lugar a los agravios opuestos por las demandadas, revocando la sentencia, en tanto hace lugar a los daños y perjuicios reclamados, y modificando lo dispuesto por la "a quo" en el punto II) de la parte dispositiva de la sentencia, con el alcance establecido en los considerandos precedentes; 2) Imponer las costas de primera instancia y de la Alzada por su orden, atento a que tratándose de una cuestión novedosa y respecto de la cual no existe aún jurisprudencia encontrándose controvertida en doctrina el tema debatido, la parte accionante pudo haberse creído con derecho a accionar como lo hiciera (art. 68 CPCC) 3) Regular los honorarios en el Acuerdo.-*

*Así mi voto.-*

*La Dra. Ana María R. Brilla de Serrat dijo:*

*Adhiero a la solución propuesta por la distinguida colega que me precede en el voto, por cuanto considero que tomando en consideración las especialidades del caso, se ajusta plenamente a derecho, correspondiendo por ende aceptar las quejas de las demandadas en lo principal que peticionan, esto es la desestimación de la pretensión de resarcimiento por daños moral y material derivados de la actividad de las mismas vinculada con el auxilio brindado a las búsquedas por Internet.-*

*No se trata de transmisiones lesivas de los derechos de la personalidad incluídas imágenes, a través de operadores de medios de comunicación escritos, orales o televisivos, sino como bien se afirma, de actividad auxiliar para facilitar el acceso de los usuarios del servicio a los sitios presentes en la "web".-*

*Tampoco se trata del suministro de datos personales que allí obren de modo que se pudiera afectar el derecho a la vida reservada que tiene todo ser humano si así fuera su deseo, dado que no nos hallamos ante esos extremos, sin perjuicio de reconocerse la natural desazón de la actora –cantante de un grupo musical en su momento y luego devenida modelo y actriz según se afirma-, al encontrarse vinculada del modo señalado con páginas relacionadas con actividad sexual, prostitución y pornografía, pero en modo alguno sindicada o descripta como incluida personalmente en ese tipo de prácticas.-*

*La actividad de las demandadas trae a portada de mano del requirente, de modo gratuito, datos que provienen de registros al que tiene acceso el público, o de elencos, actos o documentos a los que cualquier persona puede tener acceso, que resulta diversa al ejercicio periodístico y sus fines , siendo cuestión distinta por lo demás todo aquello vinculado con la protección de los derechos de autor y otros derechos conexos.-*

*Sabido resulta que la doctrina y jurisprudencia italianas han sido muy prolíficas en lo que atañe a la preservación del derecho a la intimidad, y he tenido oportunidad de referirme a ellas en precedentes de mi autoría en esta Cámara Civil, y he seguido con mucha atención*



*las tendencias orientadas a la tutela de la esfera privada. Así, S. Rodotà, en su "Repertorio di Fine Secolo", ya en 1992, partía del derecho a ser dejado solo al derecho de mantener el control sobre la propia información, de la privacidad al derecho a la autodeterminación informativa, y a la no discriminación, y del secreto al control.-*

*El voto precedente responde con optimismo, no se me escapa que problemático, a una cuestión actual de la vida fluyente que avanza sin pausa, y se detiene sobre las funciones y los límites de los jueces, que comparto, siendo en definitiva suficiente que los órganos jurisdiccionales ejerciten con prudencia, como en el caso, la posibilidad de dar ingreso a una tutela resarcitoria.-*

*Finalmente, hago propicia la oportunidad para referirme a un tema muy caro también para los operadores de derecho italianos, cual es el derecho al olvido, "il diritto all'oblio", consagrado por los tribunales de la península hace más de quince años, al receptar reclamos por republicaciones, luego de mucho tiempo, vbgr., de noticias policiales referentes a reos confesos que ya habían purgado su condena, disponiendo la Corte de Casación el 9 de abril de 1998, que se entiende por tal el legítimo interés de toda persona a no quedar indeterminadamente expuesta a daños interiores que atañen a su honor y su reputación, de lo que colige que la reiterada publicación de una noticia, en el pasado legítimamente divulgada, no constituye un adecuado ejercicio del derecho de crónica, salvo que eventos sobrevinientes tornen nuevamente actuales esos hechos, haciendo surgir un nuevo interés público en la difusión de esa información.-*

*Lo expuesto, íntimamente vinculado con el artículo de Viktor Mayer-Schönberger, Director del Centro de Investigación de Políticas de Innovación e Información de la Universidad de Singapur, "El pasado condena en la Web", publicado en el diario Clarín del 13 de mayo pasado, que me lo trajo a la memoria. Allí se deja constancia de que todos vamos a aprender una lección a las malas, esto es que la información digital casi nunca desaparece, ni siquiera si deseamos que eso pase, lo que trae*

*como resultado la permanencia del pasado en el presente, lo que es remarcado por el autor como uno de los mayores desafíos que enfrentará la sociedad a medida que las computadoras e Internet se integran cada vez más a la vida cotidiana.-*

*Durante miles de años, el olvido formaba parte de la condición humana, acertadamente allí se señala, mientras que en la era digital ocurre lo opuesto a través del almacenamiento barato en computadoras, los procesadores poderosos y la generalización del acceso a Internet. El recuerdo pasa a ser la norma. Y aquí no puedo menos que coincidir con el autor en que vale la pena recordar que en algunas cuestiones hay mucho valor en el olvido.-*

*En orden a todo lo expuesto, adhiero plenamente al voto precedente.-*

*El señor juez de Cámara doctor Diego C. Sanchez dijo:*

#### *I. Antecedentes*

*"La verdad es independiente de los votos que consigue. Con frecuencia nace con uno solo, porque no siempre es inteligible a la primera vista".-*

*El epígrafe fue el del doctor Rómulo E. M. Vernengo Prack al votar en "Glusberg" (fallo plenario de esta Cámara del 10-09-82, ED 101-181, JA 1982-IV-443, LL 1982-D-525); como dije en "Samudio de Martinez" (ídem, del 20-04-09, ED 232-541; LL 2009-C- 99 y 222; eIDial.com 21-04-09), circunstancias en este expediente –también en otros que mencionaré-lo hicieron recordar.-*

*Anticipando mi disidencia con los votos precedentes, pasaré a fundarla estimando que demostraré la falta de razón en los agravios de las demandadas, proponiendo la confirmación – en lo principal - de la sentencia recurrida. Luego intentaré argumentar como se lo hace en el primer voto, lo que me permitirá – también- arribar a igual conclusión, es decir la contraria a la de este voto.-*

He tenido presente los fallos dictados en "Glusberg" y "Samudio de Martinez"; tengo ahora las clases magistrales de mi profesor de Introducción al Derecho, doctor Julio C. Cueto Rúa, quien ha reiterado -décadas después (por ej.: "El juez distante", LL 1990-C-906)- lo que nos enseñaba entonces: que existe virtual unanimidad en la identificación de la morosidad como una de las principales causas de la insatisfacción popular con la administración de la justicia.-

Aquí agrega:

"El juez debe ser objetivo e imparcial; al mismo tiempo, no debe tolerar la distorsión o la complicación injustificada del procedimiento. El punto de equilibrio lo gana con su activa participación en la composición adecuada del litigio. Ello requiere:

"Primero: la clara identificación de las pretensiones de las partes litigantes;

"Segundo: la individualización de los hechos relevantes del caso;

"Tercero: la identificación de los hechos reconocidos por ambas partes;

"Cuarto: la identificación de los hechos relevantes controvertidos, cuya prueba es necesaria;

"Quinto: la individualización de los medios de prueba ofrecidos para acreditar los hechos controvertidos".-

Y concluye: "Si jueces y abogados pudieran eliminar formulismos innecesarios, producto de hábitos de larga duración y escasa justificación práctica, definir con claridad los términos del litigio y sus hechos relevantes, ahorrando tiempo y esfuerzos, habrían prestado un señalado servicio a la causa del mejoramiento de la justicia en la República".-

Coincido y, parcialmente, también lo hacen las partes en este juicio pues - en sus expresiones de agravios - Google se queja (fs. 2026) "porque la sentencia dictada injustificadamente omite aplicar a los hechos demostrados en

autos, los preceptos generales contenidos en el Código Civil" y Yahoo! titula en mayúsculas (fs. 2052v.) ANTECEDENTES FÁCTICOS; la actora, al contestar el traslado de los memoriales (fs. 2138v.), también subraya en mayúsculas que JAMÁS CUESTIONÓ la irresponsabilidad de las demandadas por los contenidos de los sitios, agregando -en minúsculas- que la cuestión debatida en autos, gira en torno a los vínculos y enlaces que permiten identificar el nombre de la accionante con sitios de contenido sexual y pornográfico y copia del portal de Google de fecha 28 de enero de 2010 (fs. 2139/40) ejemplos de ello.-

Aunque, según lo que resulta de los votos precedentes, éste que emito será minoritario intentaré - en la medida de mis posibilidades y sin extenderme innecesariamente- dar a los agravios la respuesta que estimo procedente, que no es la propuesta por mis colegas.-

## II. Hechos

"El más puro tesoro al que puede aspirar un ser humano en estos tiempos es a una reputación sin mancha, que le sobreviva. Los hombres son como cerámica dorada o barro pintado"

El epígrafe, de la autoría de William Shakespeare, es el del estudio de Fernando Tomeo ("La protección de la imagen y la reputación corporativa en la Web 2.0"), estudio al que me referiré en el capítulo siguiente, pero que anticipa - lo hacía ya en sus tiempos el célebre dramaturgo - la relevancia de las secuelas de los hechos que debemos juzgar.-

En la recurrida sentencia de primera instancia (fs. 1933/51 -con aclaratoria a fs. 1965-) se expresó: "El sustento fáctico de la pretensión consistiría en la facilitación de acceso por parte de los buscadores de las demandadas a sitios de contenido pornográfico en los que se hallaba la imagen de VIRGINIA DA CUNHA y en el uso comercial y no autorizado de su imagen a través de la reproducción de fotografías en el sistema de búsqueda por imágenes.-

"No obstante el desconocimiento formulado por sendas accionadas, los términos de sus

respectivas presentaciones en el incidente sobre medidas cautelares, a la luz de los alcances con que fue allí dictada y luego cumplida la orden, tornan carente de virtualidad extenderse en consideraciones acerca de lo que surge palmario, esto es: que efectivamente a través de los buscadores en cuestión podía accederse a imágenes de VIRGINIA DA CUNHA, en páginas de las características que provocan su reclamo".-

Concuerdo con ello; también con la conclusión (luego de analizar la prueba producida, a saber: acta notarial labrada por el escribano Rubén Emilio Arias; dictamen elaborado por el Centro Argentino de la Imagen; informe pericial; constancias del incidente de medidas cautelares, entre otras) en que: "Conforme lo expuesto, he de admitir que a través de los buscadores YAHOO de Argentina y de GOOGLE INC resultaba posible acceder a las mentadas imágenes que correspondían a DA CUNHA ubicadas en sitios de contenido erótico, pornográfico, etc. como se indicó; con lo que la controversia a ese respecto, se centra en lo concerniente a la responsabilidad que la actora atribuye a los dos accionados por esa situación".-

Dice luego la colega de primera instancia, y así lo haré considerando los hechos y el derecho, que a partir de esos elementos corresponde analizar el reclamo para -desde allí- establecer si cabe atribuir responsabilidad a las demandadas por las consecuencias derivadas de la facilitación que como buscadores habrían brindado; a cuyo fin se ha de determinar si medió algún obrar antijurídico y, en su caso, si provocó daño a la actora.-

### III. Derecho

"Cuando se permite que la libertad sin límites se ejerza por quienes poseen los medios de comunicación..., se olvida el derecho del ciudadano común, del hombre común, a no ser agredido, ja no ser corrompido!"

En las expresiones de agravios se critica con extensión aunque sin razón -en mi opinión- la responsabilidad que la sentencia ha imputado a las quejicosas.-

Yahoo comienza su memorial (fs. 2049) sosteniendo: "Este largo escrito podría resumirse a una pregunta muy simple: ¿existe algún supuesto en que brindar información pueda ser considerado ilegal?"

Estimo que a semejante pregunta - expresada en diciembre de 2009 - merece se le recuerde muy conocida respuesta, igualmente simple ¡y dada hace casi dos siglos y medio!: "La libertad de prensa es en verdad esencial a la naturaleza de un Estado libre; pero ella consiste en no imponer restricciones previas sobre las publicaciones, y no en la libertad respecto de la sanción por impresos criminales cuando se ha publicado. Todo hombre libre tiene un derecho indudable a poner delante del público las opiniones que le plazcan; prohibir esto es destruir la libertad de prensa; pero si él publica lo que es impropio, malicioso, o ilegal, debe asumir la consecuencia de su propia temeridad" (Blackstone, William, "Commentaries on the Laws of England", publicados entre 1765 y 1769, de sus clases en Oxford). Más acá en el tiempo podemos dar como respuesta el inciso 2°, del artículo 13, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

Entonces, según las propias palabras de la apelante, si sus agravios podrían resumirse en una pregunta y ella ha sido así contestada, ha quedado resuelta la cuestión y demostrada la sinrazón del planteo; sin perjuicio de lo cual me ocuparé de sus otras quejas.-

III – 1) En cuanto al agravio de Google sobre censura (fs. 2046) tenemos supra la respuesta acerca del carácter esencial de la libertad de prensa, y nuestra coincidencia con ella; también en que -a pesar de tal carácter- no es un derecho absoluto. Respecto a predicar esto último sobre la censura previa nos permitimos remitir al muy serio estudio de Fernando M. Toller - del que hemos tomado textualmente la cita precedente- que lleva como título, precisamente, "Una distinción honrada por el tiempo. Revisión crítica de la diferenciación entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores en el ámbito de la libertad de expresión" (JA 2007-IV-1411).-



Hay supuestos de admisión de la censura previa, como publicación de pornografía infantil (conf. Fernandez Delpech, Horacio, "La injuria a través de internet a raíz del fallo JUJUY. COM

<http://www.hfernandezdelpech.com.ar/ARTICULO%20FALLO%20JUJUY.pdf>), quien también recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido 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 a la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas (Fallos 315:1943, año 1992, ED 149-245)".-

Y lo dicho es sin perjuicio de destacar ab initio que coincido plenamente en la prohibición de la censura previa, en la relevancia para la Democracia de la libre información, especialmente para una República como la nuestra con un sistema de poderes tan perfectible; no tengo dudas del reconocimiento universal de la libertad de prensa como un derecho esencial, fundamental, con el consiguiente enriquecimiento pluralista de la sociedad por el intercambio de ideas, para el bien común en general.-

Tengo especialmente presente los artículos 14, 32, 42 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, como el texto del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, ya aprobado en la República Argentina por ley 23.054: "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"; también, por cierto, que lo hago con el Decreto 1279/97, que en su artículo 1 declara que 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 social".-

Pero no olvido que en su artículo 11 la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su propia dignidad, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, teniendo derecho a la protección de la ley contra esas injerencias, o esos ataques". En sentido similar el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el derecho a la intimidad también se encuentra protegido especialmente en el artículo 1071 bis del Código Civil.-

Con singular énfasis desde "[Ponzetti de Balbín](#)"[Fallo en extenso: [elDial.com - AA11D2](#)] (11-12-84), citado en el primer voto, el Alto Tribunal se ha pronunciado claramente cuando se encuentran en juego los límites jurídicos del derecho de información en relación directa al derecho a la privacidad o intimidad. Respecto de las normas convencionales -recién citadas- los jueces Caballero y Belluscio, concluyeron entonces que: "el lugar eminente que sin duda tiene en el régimen republicano la libertad de expresión – comprensiva de la de información - obliga a particular cautela en cuanto se trate de deducir responsabilidades por su ejercicio. Empero, ello no autoriza al desconocimiento del derecho de privacidad integrante también del esquema de la ordenada libertad prometida por la Constitución mediante acciones que invadan el reducto individual, máxime cuando ello ocurre de manera incompatible con elementales sentimientos de decencia y decoro" (conf. Bazan, Víctor, "Confluencias y fricciones entre la libertad de información y los derechos a la honra y a la vida privada", EDCO, 2008-377). Por su parte Carlos A. Parellada ("Responsabilidad por la actividad anónima en Internet", LL 2007-F-1066) concluye su trabajo: "Por ello, ratificamos — una vez más— nuestra convicción: ¡Libertad de expresión! pero también ¡responsabilidad por lo que se expresa! Tales consignas no presentan incompatibilidad lógica".-

Coincido también con Google en cuanto subraya -fs. 2026v.- que nuestra Constitución Nacional (art. 17) garantiza a los habitantes de



*la Nación la inviolabilidad de la propiedad, no pudiendo ser ellos privados de sus bienes sino por sentencias fundadas en ley, y coincido -fs. 2028- en su enfática defensa de la aplicación de la ley vigente.-*

*Para dar un ejemplo de mi convicción al respecto recuerdo que he expresado en reciente voto (30-06-10, integrando por sorteo la Sala L de esta Cámara Civil, in re "Aguirre Diego Oscar c/ Argañaraz Ramón Francisco y otros s/ daños y perjuicios" y sus acumulados): "...sí coincido con: "El resultado, como apunta Lorenzetti, citando a Nino, es decididamente un país al margen de la ley". Dije en mi voto en "Samudio": "He sostenido que la anomia, el no cumplir las leyes, es la causa de muchos de los males que padecemos (v.gr. mis votos del 11-06-07, in re "Bianco Bueno, Velmar c/ Parra, Jorge Blas" y del 27-05-08, in re "Sylveyra Jorge Omar c/ Transporte Automotor Plaza S.A.", éste en suplemento de Derecho Procesal de eldial.com -del 23-06-08- y en suplemento de Derecho de Seguros de El Derecho -del 31-12-08-, fallo 31, anotado por Carlos Schwarzberg, "La responsabilidad en dos accidentes de tránsito y temas conexos. Oponibilidad de la franquicia"). Al juez corresponde juzgar -salvo excepciones y considero que no estamos ante ellas- según las leyes y no a las leyes (Iudicare non de legibus sed secundum leges)".-*

*"Porque así pienso, porque considero que debemos aplicar las leyes vigentes (...) Reitero una vez más el voto minoritario en "Obarrio y Gauna", especialmente: "Pero además de injusta la solución, a nuestro juicio, resulta ilegal. Por ello en este caso no se configura esa tirantez entre valores, que en definitiva deben conciliarse en aras a la credibilidad del sistema y a la prosperidad del país, que todos anhelamos. El respeto a la ley, es la garantía absoluta del progreso y de la prosperidad".-*

*Lo he reiterado en cuantas ocasiones he tenido oportunidad de hacerlo (v.gr.10-08-09, in re "Meniño Sumay María Rosa c/ Micróomnibus Norte S.A. y otros s/ daños y perjuicios"; 30-04-10, in re "Margarita, Martín Celestino y otro c/M.O. General San Martín S.A. y otro s/daños y perjuicios"; 09-06-10, in re "Nuñez Hugo Osmar c/ Rossi Leandro Gabriel y otros s/*

*daños y perjuicios"; 16-07-10, in re "Silva Benito Horacio c/ Empresa Ciudad de San Fernando s/ daños y perjuicios" y los allí citados), votos en los que he demostrado que la doctrina del plenario "Obarrio y Gauna" no se encuentra vigente, que sí lo están las normas en ellos citadas y que deben ser aplicadas (v.gr.: arts. 61, 109, 118 y concs. de la ley 17.418, resolución 25.429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, entre otras).-*

*La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha revocado por arbitrarias sentencias que han decidido lo contrario (por ej. de la Sala "D" que integro, dictadas con mi disidencia: 28-04-09, in re "Arrua Oscar c/Diaz Roberto"; 01-12-09, in re "Bonzi, Lucía Elena c/Almada, Oscar Raúl", entre otras); seguramente serán revocadas las que, a pesar de mis esfuerzos, se han seguido dictando y hoy tienen recurso extraordinario en trámite.-*

*He intentado permanentemente convocar, en aras de la seguridad jurídica y aunque lo estimo no vigente, a un nuevo plenario que deje sin efecto la nefasta doctrina de "Obarrio y Gauna", también sin éxito (por ej.: 05-03-08, in re "Moran Savina Rosa c/ Gutierrez Daniel Orlando y otros s/ daños y perjuicios", 07-03-08, in re "Durante, Carlos Osvaldo c/ Transporte del Tejar S. A.", eldial.com, sup. Derecho Procesal, del 31-03-08; 20-10-09, in re "Coda, María Elvira c/ Rando, Alfredo y otros s/daños y perjuicios"; 30-04-10, in re "Margarita, Martín Celestino y otro c/M.O. General San Martín S.A. y otro s/daños y perjuicios" y 09-06-10, in re "Nuñez Hugo Osmar c/ Rossi Leandro Gabriel y otros s/ daños y perjuicios").-*

*Afortunadamente, por cierto, no estamos solos con Google en nuestras convicciones sobre el respeto a la ley, sobre la inviolabilidad de la propiedad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado buenos ejemplos en las sentencias citadas, como las dictadas el 4 de marzo de 2008 ("Recurso de hecho deducido por La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales en la causa Gauna Agustin y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro"; "Recurso de hecho deducido por La Economía Comercial S.A. de*

Seguros Generales en la causa Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros" y "Recurso de hecho deducido por La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales en la causa Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro". Esta Cámara Civil lo hizo por sus Salas "E" (29-05-08, in re "Lloveras Juan Benjamín c/ Bustamante Daniel Arturo", en sus términos y con remisión a "Del Águila Sonia Karen y otro c/ Expreso Gral. Sarmiento S.A.T" -LL 2008-D-253, RCyS 2008-976-) y "G" (26-09-08, in re "Jurado, Plácida Gertrudis c/ La Vecinal de la Matanza SAT y otros s/daños y perjuicios", en ED digital 47248; 30-12-08, "Travaglini, Marcelo Adolfo c/ Albertelli, Mauricio Haroldo y otros", La Ley Online: AR/JUR/22343/2008, entre muchos otros).-

El señor presidente de la Corte Suprema, doctor Ricardo L. Lorenzetti, lo ha ampliado – incluso- en muchos de sus votos (v.gr.: 07-08-07, in re "Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio", ED 223-643 y LL 2007-E-398, con nota aquí de Domingo M. López Saavedra, "Franquicias deducibles: Su oponibilidad a los terceros en los seguros de responsabilidad civil") y ha reiterado en estos últimos días (el 05-08-10 en conferencia de prensa organizada por la fundación alemana Konrad Adenauer que se realizó en la sede de la Universidad Católica Argentina, La Nación 06-08-10) que el país necesita "reglas previsibles y claras; respeto del derecho de propiedad y de los contratos, y que gobiernen las leyes, no un hombre o una mujer: las leyes no son un simple consejo".-

III – 2) En las expresiones de agravios se crítica con extensión, aunque –reitero- sin razón en mi opinión, la omisión - imputada a la sentencia recurrida - de aplicar los preceptos del Código Civil que regulan la responsabilidad civil.-

La sentencia decidió: "Corresponde tener en cuenta que en nuestro sistema, la responsabilidad civil requiere la concurrencia de los elementos de daño, antijuridicidad, nexo causal y factor de atribución.-

"La antijuridicidad se la tiene por configurada con un criterio amplio cuando aparece violado el deber genérico de no dañar alterum non

laedere que se halla consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.-

"A fin de establecer la configuración de un factor de atribución, he de volver sobre el marco fáctico a partir del cual podría derivarse responsabilidad de las demandadas; se trata de determinar si pudo producirse a través de los servicios que prestan por internet. La responsabilidad civil se relacionaría en este caso con actividades desplegadas por medio de sistemas informáticos y con sus consecuencias respecto de la tutela de la privacidad de los individuos.-

"No por obvio he de dejar de señalar que nos hallamos frente a una cuestión novedosa, provocada a partir de una materia que también lo es y que no ha sido aún objeto de regulación específica. Se regirá por los mismos principios que gobiernan la responsabilidad civil en general, los arts. 902 y sgtes, 1066 a 1069, 1072 a 1083, 1109 y 1113 del Código Civil (Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas/López Mesa; Tomo IV Ed La Ley); pero antes que ello por la ya citada manda constitucional del art.19 del que derivan el derecho a no ser dañado y en su caso, a ser resarcido.-

Recordemos aquí lo dispuesto por el art. 16 del Código Civil acerca de que si una cuestión no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley se atenderá a principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso; en tanto que -en línea con ello- el art. 15 establece que los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.-

Claro resulta advertir que el presente es precisamente un supuesto paradigmático de estas normas, cuyo fundamento es que el sistema de derecho no tolera que haya conflictos sin solución. Es pues en ese sentido que incumbe a los jueces obtenerla de todos modos, a pesar de que las reglas vigentes no presenten conclusiones puntuales para el caso dado (conf. Cifuentes, Santos, Elementos del derecho Civil, Parte General).-

*Ahora bien, es sabido que la complejidad de internet facilita el anonimato del emisor del mensaje por lo que la cuestión es establecer cómo y cuándo responden los intermediarios de la red.-*

*"Por tal razón se ha dicho que las reglas individualistas de la responsabilidad no darían respuesta a la realidad de los problemas que se presentan a partir de la red mundial (López Herrera, Teoría Gral de la Responsabilidad).-*

*Detengámonos en la plataforma en la que tuvieron lugar los sucesos que se pretenden generadores de responsabilidad, de acuerdo a la descripción formulada por el perito, para desde allí identificar la eventual intervención de los demandados.-*

*El rol de los buscadores (tal los demandados) es facilitar a sus usuarios el acceso a páginas de internet que, en principio, presentan contenidos relacionados con esa búsqueda. Los buscadores realizan las búsquedas utilizando programas informáticos diseñados a tal fin por seres humanos y los resultados que se muestran son seleccionados y ordenados en forma automática de acuerdo a criterios definidos por los seres humanos que los diseñaron.-*

*El informe fotográfico explica que un motor de búsqueda de imágenes ofrece un servicio que consiste en facilitar el acceso a la página donde está instalada la imagen que se busca, a partir de un enlace hacia esa página (siempre y cuando no exista un protocolo de restricción) - fs. 1937- (...)*

*Hasta aquí los elementos más salientes del dictamen del Licenciado V. de los que resulta que los buscadores comparan la palabra buscada por el usuario con un archivo índice de datos procesados previamente y almacenado en una ubicación determinada y en base a las coincidencias encontradas; que publican los resultados de acuerdo a los criterios preestablecidos por cada buscador; que determinan el procedimiento de carga de contenidos a cuyo fin recorren periódicamente con programas informáticos las direcciones de todas las páginas web existentes en internet accediendo a su contenido, que es clasificado y*

*almacenado para ser utilizado en las búsquedas; que en los dos buscadores (Google y Yahoo) es posible realizar una búsqueda que evite que en los resultados aparezca determinada palabra; que el buscador gobierna la información y que periódicamente los buscadores recorren con programas informáticos las direcciones de todas las páginas web que existen en internet accediendo a su contenido que clasifican y almacenan, para ser utilizado por las búsquedas que se realizan en los buscadores.-*

*Si bien los informes periciales no son vinculantes para el juez, constituyen un aporte de considerable entidad cuando se trata de una materia técnica de su especialidad que escapa a la órbita de conocimiento jurídico.-*

*La presentación del experto aparece consistente, exhaustiva y clara acerca de una disciplina técnica nueva y compleja, cuyo conocimiento está recién comenzando a ser explorado por quienes somos ajenos a la misma. En el caso, todas las partes solicitaron explicaciones al perito y las accionadas además impugnaron su informe, y debo señalar que las respuestas que brindó, satisfacen los requerimientos. Por otra parte, pongo de relieve que aunque los demandados ofrecieron el aporte de sus respectivos consultores técnicos, y aún cuando en todo caso entre la estimación del dictaminante y la del consultor técnico, sin otro elemento de juicio que autorice a inclinarse por una u otra postura, cabe estarse a la del experto designado de oficio y desechar la del asesor de parte interesada, dado que por sus funciones aquél no es sospechado, como puede serlo éste, de parcialidad (Cám. Nac. Civ., SALA "E", 16-12-98, "Montiel Héctor Abelardo c/ Geijo Juan Manuel y otro s/ daños y perjuicios"); en este caso, los consultores de los accionados no han siquiera presentado sus informes para - eventualmente - respaldar técnicamente las mentadas objeciones-*

*A la luz de lo hasta aquí expuesto, está claro que aún cuando en la actividad desplegada por los buscadores no media intervención humana por tratarse de procesos automatizados, no puede desligarse al titular de las consecuencias que generen sus diseños.-*



*Su quehacer constituye un servicio que facilita la llegada a sitios que de otro modo serían de muy dificultoso acceso, y además, esa facilitación hace precisamente al núcleo de una de las actividades centrales que desarrollan.-*

*Así pues, nos hallamos en condiciones de afirmar que el buscador al contribuir al acceso a los sitios de internet se encuentra en las mejores condiciones técnicas para prevenir la eventual generación de daño y de allí surge el perfil de los buscadores como responsables de su actividad facilitadora del acceso a sitios.-*

*La dimensión de los buscadores como herramienta amerita su aliento para que puedan sostener un adecuado desarrollo, más ello en modo alguno implica que deba apoyarse ese crecimiento a expensas de los derechos individuales o con afectación de los mismos.-*

*Queda entonces claro que lo afirmado no importa desconocer el impacto cualitativo que sobre el mundo de la comunicación y la propagación del conocimiento tuvo la irrupción de la internet.-*

*Establecer el núcleo de la cuestión sometida aquí a decisión en términos de "aliento" versus "afectación" al desarrollo de internet, importa una simplificación del tema.-*

*De ahí que lo expuesto no implica obviar el carácter de los buscadores como instrumento "inestimable" para potenciar la difusión de información; aunque debe reconocérsele la misma capacidad- en su caso- para potenciar daño.-*

*Insisto en tal concepto al expresar que no pueden dejar de compartirse las expresiones vertidas por la codemandada GOOGLE en el sentido que la posibilidad de acceder a la información de una manera más simple y cómoda que las disponibles en un pasado reciente, favorece el entendimiento entre culturas, el intercambio de experiencias científicas y por tanto el avance de las distintas disciplinas científicas que pueden contribuir al interés general y al bien común.-*

*Por otra parte, las consideraciones vertidas al responder la demanda, tornan oportuno señalar que quien suscribe no es ajena a la convicción acerca del impacto que las decisiones judiciales tienen más allá de las partes a las que concretamente alcanzan; pero en ningún caso ello podría conducir a que el fantasma de la propagación de las consecuencias de una eventual condena, eclipsen el reconocimiento de un supuesto de responsabilidad.-*

*Nótese así, que el parámetro a considerar para evaluar los alcances y proyección de los buscadores como herramienta del conocimiento y de la comunicación, debe ser empleado además para evaluar los efectos de la multiplicación del perjuicio que sean capaces de producir.-*

*En todo caso la "sanción" no es a internet sino a los daños que provoquen algunos modos de su uso.-*

*Destaco a propósito de lo afirmado por la codemandada YAHOO en el sentido que su accionar le permitió a la actora localizar aquellos sitios que consideró lesivos a su persona, que también se lo facilitó a todo eventual cibernauta potenciando el daño, y es esa la protección que se trata de brindar.-*

*Es YAHOO quien admite la entidad de la función de los buscadores y que la inexistencia de los motores de búsqueda tornaría absolutamente disfuncional el uso de internet; concepto que tras compartir, he de complementar reiterando que ello maximiza su responsabilidad.-*

*Por lo demás y a propósito de otra argumentación defensiva ensayada, señalo que la circunstancia de que se pueda provocar el mismo daño por otra vía y/o que pudiera haber otros legitimados pasivos, no altera la responsabilidad que cabe aquí atribuir por los fundamentos que preceden a estas líneas. Es resorte del titular de la acción, en todo caso, ejercerla y/u optar contra quien la dirige.-*

*Lo hasta aquí expuesto me conduce a asignar responsabilidad a los demandados en el supuesto de que el acceso que posibilitaron a los sitios que incluían imágenes de la actora, le*

hubiera producido afección a sus derechos personalísimos y/o hubiera constituido un uso no autorizado de su imagen (...) De conformidad a cuanto hasta aquí se señaló, puede afirmarse con Orgaz que: "La responsabilidad de quien ha ocasionado un daño a otra persona, se asienta sobre tres pilares fundamentales: ilicitud, culpa y daño" (Alfredo Orgaz, "El daño resarcible", pág. 10). La ilicitud y el daño son siempre inexcusables para la responsabilidad, es decir, para que nazca la obligación de restablecer la situación conforme a derecho y la reparación del daño causado.-

Me he permitido extenderme en la transcripción para demostrar la sinrazón de la crítica en cuanto sostiene que la sentencia recurrida no aplica los preceptos del Código Civil que regulan la responsabilidad civil. Podrá, o no, coincidirse con la aplicación que se hace, pero no puede afirmarse que no se la hace. Es llevar a extremo insostenible la célebre distinción de Piero Calamandrei: "Así ocurre en el proceso. Los abogados indagan la verdad de perfil, aguzando la mirada cada cual desde su lado: sólo el juez, que se sienta en el centro, la mira tranquilamente de cara" ("Elogio de los jueces escrito por un abogado", Valleta Ediciones, Buenos Aires 1989, pág. 124).-

III – 2 - 1) La crítica también ha sido dirigida contra la sentencia recurrida en cuanto ha tenido por configurada la antijuridicidad por aparecer violado el deber genérico de no dañar, el *alterum non laedere* consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo debemos recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo ha reiterado, en especial desde "Santa Coloma" o "Gunther", y la doctrina especializada (Tomeo, Fernando, "La protección de la imagen y la reputación corporativa en la Web 2.0", LL sup. act. 02-02-10, págs. 1/4) ha sostenido: "Hasta el dictado de una legislación específica sobre la materia regirán las normas que hemos mencionado a la luz del principio genérico de no dañar "*alterum non laedere*" consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional".-

En concordancia y en relación también con la libertad de expresión, podemos leer en el primer voto que "la ley 26.032/05 establece que

la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.-

"Dicha disposición en concordancia con las normas constitucionales que a su vez encuentran correspondencia en tratados internacionales de igual jerarquía, (tal la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 13) deben armonizarse a la luz de distintas disposiciones legales contenidas en el ordenamiento común como son el art. 1071 bis del Código Civil y el art. 31 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que amparan el derecho a la intimidad personal y el derecho a la imagen, y que por otro lado también gozan de protección constitucional a través del art. 19 de nuestra Carta Magna".-

III – 2 - 2) Tampoco asiste razón a la apelante en relación con la aplicación de la analogía y los principios generales del derecho. El colega Jorge Mario Galdós ("Responsabilidad civil de los proveedores de servicios en Internet", LL 2001-D-953), con cita de otra colega (Piaggi, Ana I., "Reflexiones sobre la contratación electrónica", LL 1999-A-750) y de un estudioso cuya ausencia definitiva seguimos lamentando (Colautti, Carlos E., "La libertad de expresión y el espacio cibernético", LL 1999-E-1334) nos dice: "El vacío legal en los Estados que no han regulado la responsabilidad civil de los sujetos de la red, sea con normativa específica o con legislación en materia afín, -como contratos a distancia, comercio electrónico, firma digital, protección de datos personales-, conduce, en primer lugar, a la aplicación de la analogía y de los principios generales del derecho, en lo que sea compatible con el régimen jurídico interno y conlleva a apreciar, coadyuvantemente, las Directivas Comunitarias sobre éste u otros temas conexos como el Comercio Electrónico, abrevando en los resultados que se han apreciado en los países con regulación propia (vgr. Alemania, Francia, EE.UU., Italia) y en el vigoroso aporte de la doctrina".-

En otro reciente estudio sobre el tema (Borda, Guillermo J. (h), "La responsabilidad de los buscadores en internet", JA 2010-II, del 09-06-10, págs. 7/11), que tiene el epígrafe de este

capítulo de mi voto, de la autoría de quien fue juez de esta Cámara doctor Guillermo A. Borda, nos dice: "Los buscadores que son también páginas de internet quedan, en conclusión, alcanzados por dicha prescripción legal; por lo que la búsqueda y facilitación de contenidos que aquéllos operan quedan enmarcadas en el ejercicio de la libertad de información y la libre expresión (...) El mecanismo que utilizan los buscadores requiere, en una primera instancia, de la sistematización y facilitación de la información de la web; esta actividad opera como antecedente de su efecto consecuente, que es la potenciación de la información; es allí donde creemos que se concreta o termina de concretarse la antijuridicidad de la actividad de los motores de búsqueda: esta última actividad de publicitar los contenidos dañosos o del lugar donde se hallan los contenidos es lo que compromete a las empresas de búsqueda en un orden de causalidad dañoso, que se dispara con el proveedor del contenido ofensivo (antecedente) y se potencia (consecuente) con la accesibilidad masiva que posibilitan los buscadores; el daño es, así, causado directamente por el proveedor del contenido ilícito, y potenciado por el divulgador, que se sirve de aquél para su aprovechamiento económico.-"

Las empresas de búsqueda, en tanto se aprovechan de esa facilitación de contenidos lesivos de derechos de la persona humana, deben responder jurídicamente, no ya por los daños que ocasionan esos terceros proveedores de la información que sistematizan, sino por el carácter de la misma actividad que desarrollan, que al repotenciar a aquéllos ocasionan también daños".-

Me he permitido el subrayado para destacar la coincidencia con la sentencia recurrida en la acreditada existencia en el sub lite de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, sobre los que se extienden, sin razón, los agravios de las demandadas.-"

III – 2 - 3) En cuanto a la afirmación que la cuestión no tiene solución en el derecho vigente, y sin perjuicio de lo que expreso y dispongo en el apartado siguiente, parece oportuno recordar votos del doctor Roberto E.

Greco en esta Cámara (por ej. el del 26-10-1993, in re "Corsetti de Patrignani, Irene c/ Martínez, Regino y otros", LL 1994-A-292): "I. Al igual que en todos los casos en que se afirma que una cuestión no tiene solución en el derecho vigente, me veo obligado a reiterar -- como lo hago cada vez que se predica un "vacío" o espacio carente de juridicidad-- que el ordenamiento no tiene lagunas y todo conflicto encuentra solución en los géneros normativos del sistema. Que esa solución puede no gustar a algunos, no plantea problema de lógica jurídica formal sino problema axiológico, como creo se ha demostrado por lo menos desde 1942 (Carlos Cossio, "Las lagunas del derecho", en esp. p. 5 y sigts., Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1942, separado del "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales"; del mismo autor, "La plenitud del ordenamiento jurídico", ps. 37/53, 2ª ed., Ed. Losada S. A., 1947, que incluye como primera parte el estudio anterior. Ver ejemplos dados en mi trabajo "¿Ultraactividad de normas abrogadas o derecho libre?", ED, 83-680/703, en esp. cap. III en ps. 683/687)".-

III – 3) En el último párrafo del estudio supra citado el doctor Borda sostiene: "Asistimos, pues, a los prolegómenos de un largo debate que está llamado a extenderse en los ámbitos judiciales y académicos, hasta tanto se sancione una ley que determine y regule un régimen de responsabilidad para la actividad que desarrollan las empresas de búsqueda".-

La necesidad de legislar al respecto, sin perjuicio de lo que antes dije, es expuesta por la mayoría de los autores que se han ocupado del tema (v.gr.: Castrillo, Carlos V., "Responsabilidad civil de los buscadores de Internet", LL sup. 11-01-10, págs. 1/3; Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Scotti, Luciana B., "[Internet, comercio electrónico y derecho a la intimidad: un avance de los tribunales argentinos](#)" [ [Doctrina publicada en elDial.com - DCB63](#) ] , elDial.com; Fernández Delpech, Horacio, "Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual en internet -los actos elusivos- la protección jurídica contra la elusión"  
[http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDA\\_S%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf](http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDA_S%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf); Frene, Lisandro,



"Responsabilidad de los "buscadores" de Internet", LL 2009-F-1219; Galdós, Jorge Mario, "Responsabilidad civil de los proveedores de servicios en Internet", LL 2001-D-953; Gini, Santiago Luis, "Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión", LL, sup. act. 23-10-08; Granero, Horacio R., ["¿Existe un nuevo concepto de daño? \(la responsabilidad actual del Derecho Civil\)"](#), elDial.com Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología; Thomson, Federico G., "Daños causados a través de buscadores de Internet", LL sup. 26-03-10, págs. 7/8; Tomeo, Fernando, "La protección de la imagen y la reputación corporativa en la Web 2.0", y op. infra cit.; Uzal, María Elsa, "Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet", ED 208-719; Vaninetti, Hugo Alfredo, "La responsabilidad civil de los buscadores en Internet. Afectación de los derechos personalísimos. Supuestos para analizar", ED, sup. del 16-06-10, Nº 12.525).-"

En el primer voto (VI-4) se afirma que ninguna norma legal ha sido dictada en nuestro país tendiente a regular específicamente la responsabilidad de los ISP (Proveedores de Servicios de Internet) existiendo a la fecha alguno que otro proyecto de ley en el Poder Legislativo y recordando la vigencia del decreto 1279/97, que declara que el servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, con lo que resultan aplicables a los servicios de Internet las disposiciones de los artículos 14, 32 y 42 de la Constitución Nacional que establecen la libertad de expresión y prohíben la censura previa, como la ley 26.032/05.-"

La apelante sostiene (fs. 2064v.) que "no son pocos los aspectos de Internet en los cuales las lagunas legislativas parecen más bien océanos" (expresión textual del cap. II del citado trabajo de Gini).-"

En otros casos he dispuesto (de conformidad con lo establecido en el art. 2 de ley 340) librar oficios a los señores Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación Argentina y presidentes de las H. Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación Argentina, requiriéndoles la adopción, en el

tiempo más breve posible, de las medidas necesarias para la sanción de una ley (v.gr. el 11-09-08, in re "Gómez Carmen Clementina c/ Monzon Diego y otros s/ daños y perjuicios", LL 2008-E-682 y eldial.com, sup. Derecho Procesal del 22-09-08; ley de seguro obligatorio de automotores, o el sistema que mejor se considere; el 04-12-08, in re "Schiavo, Alejandro y otros c/ Cohen, Liliana Laura Marcela y otros" -ED 232-39, con nota de Carlos Schwarzberg, "La reparación en la mala praxis médica. Legitimación para reclamo de daño moral; eldial.com sup. derecho procesal del 23-02-09- para la sanción de una ley que pudiere ampliar, en casos como el allí resuelto, la legitimación activa para reclamar el daño moral otorgada por el artículo 1078 del Código Civil).-"

Así lo dispongo también hoy –librándose oficios con copia de esta sentencia- para que, desde proyectos ya presentados (por ej. los de los senadores Capitanich y Jenefes, aunque fueren duramente criticados como se expresa en el primer voto), jurisprudencia, trabajos de legislación y doctrina que se han realizado en el mundo entero, se adopten -en el tiempo más breve posible- las medidas necesarias para la sanción de una ley que legisle sobre lo debatido en este expediente y lo relacionado.-"

#### IV. Imagen

"No envidio la suerte del pájaro que vuela donde quiere, sino el destino del árbol que muere donde nace".-"

Respecto del uso comercial y no autorizado de la imagen de la actora por la reproducción de fotografías en el sistema de búsqueda por imágenes, me permito agregar –a lo ya establecido en la sentencia recurrida- que un reciente estudio de la destacada especialista profesora doctora Delia Lipszyc ("La responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación en línea", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL, febrero 2009, págs. 3/22), en el que analiza numerosos precedentes, nos enseña que los proveedores de motores de búsqueda e hipervínculos pueden infringir el derecho de autor, u otros derechos, en función de los que

*ofrezcan o bien, de la forma en que brinden sus servicios a los usuarios.-*

*Nos ilustra sobre antecedentes de las propias demandadas en el mundo entero, como también lo hace otro especialista (Mille, Antonio, "Motores de la búsqueda en Internet y derecho de autor. Los casos judiciales de la "generación Google", JA, 2008-IV-1275) quien sostiene: "El resultado final de cara al usuario, es que en la práctica la mayoría de los navegantes acceden a los sitios web siguiendo las sugerencias del motor del búsqueda y limitándose a revisar las sugerencias contenidas en la primera página de resultados y a todo lo más en las inmediatamente siguientes".-*

*El primer buscador fue desarrollado en el MIT de EE.UU., en el año 1993 (Vaninetti, Gustavo Juan y Vaninetti, Hugo Alfredo, "Los buscadores en Internet. La protección de los derechos personalísimos. Utilización de la medida cautelar innovativa: adecuada pero... ¿suficiente?", ED, 222-335); Internet existía desde el año 1969, con "ARPANET" ("Advanced Research Projects Agency Network").-*

*La doctora Lipszyc en 1981, con más de una década de anticipación al primer buscador y para otro supuesto, por cierto, comenta un fallo de la Sala B de esta Cámara ("El derecho moral de intérprete. Los modelos de fotografías", LL 1981-C-554) y nos dice: "En estos supuestos no habrá habido interpretación ni en sentido técnico ni jurídico y, sin embargo, la fotografía no podrá ser reproducida o utilizada sin autorización del retratado en virtud del derecho que, como persona, tiene sobre su imagen.-*

*Si la persona retratada autorizara la utilización de su imagen fotografiada, igualmente la reproducción no podría hacerse en forma que causara lesión a sus derechos, lo cual ocurriría si su imagen se atribuyera a otra persona.-*

*En este sentido, entendemos que el derecho a la propia imagen brinda un marco de protección más amplio y nítido sustrayendo la cuestión de consideraciones sobre la existencia o no de interpretación "en" la fotografía, sobre el*

*carácter de modelo y los antecedentes profesionales de la persona retratada y sobre la extensión de la protección legal del art. 56 de la ley 11.723 y de su dec. reglamentario 746/73 a las obras fotográficas".-*

*Y tal trabajo fue publicado después de escrito, pero antes de su título "1984" de George Orwell, que suele recordarse en casos de temas como los aquí debatidos y así lo hace, por ejemplo, la apelante en sus agravios a fs. 2032v, agregando, por mi parte, que la lectura también puede ser la contraria de la que allí se realiza, pudiendo verse -a igual título de ejemplo- el estudio de Tomás Ignacio González Pondal ("Facebook: Reflexiones sobre el derecho a la intimidad", La Ley, sup. act. 26-05-09).-*

*La misma doctora Lipszyc, ahora en coautoría con el profesor doctor Carlos A. Villalba ("El derecho de autor en la Argentina", edit. La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 43), nos enseñan: "Esta norma (art. 31, ley 11.723) reconoce el señorío absoluto de la persona retratada -y a su muerte, de determinados herederos - a autorizar la publicación de su retrato. Si bien sólo menciona el retrato fotográfico, en esta expresión están comprendidas todas las formas de fijación de la imagen, cualquiera sea el modo de reproducción o de comunicación pública (...) Pero la libertad de publicación que otorga la ley en el art. 31, in fine, no dispensa a quien la ejerce de hacer un uso responsable de la misma, ni de la obligación de observar una actitud prudente. Máxime cuando esta libertad entra en colisión con otros derechos de igual jerarquía, por lo que se debe elegir el camino que causa menos perjuicio. De lo contrario, ese accionar importará un abuso del derecho que lo convertirá en antijurídico (...) El tribunal también destacó que la excepción prevista en el art. 31 de la ley 11.723, tiene sus límites en el art. 1071 bis del Código Civil (derecho a la intimidad)".-*

*Individualizan los autores jurisprudencia y destacan dos precedentes de esta Sala, con otra integración, en los que se decidió: "Las leyes protectoras de los derechos personalísimos como la 11.723 mediante su art. 31 y la ley 17.711 con el art. 1071 bis del Código Civil, contienen normas que*

reglamentan el ejercicio de diversos derechos, precisamente para amparar otros de igual o mayor jerarquía como son los inherentes a la persona, a su intimidad y, en definitiva, a su dignidad" (17-07-96, in re "A., C. c/Editorial Perfil S.A.", LL 1997-D-160); en sentido similar se pronunció poco después (10-10-96, in re "W. de F., C. c/Editarte S.A.", ED 171-94).-

La última es comentada allí mismo por Jorge Bustamante Alsina ("Responsabilidad civil por violación del derecho a preservar la propia imagen"), quien comienza su estudio así: "El fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala D, que motiva nuestro comentario merece el elogio de quienes seguimos de cerca los pronunciamientos de nuestros Tribunales y sentimos, hoy más que nunca, una gran satisfacción cuando los órganos del Poder de la República, encargados de la administración de la Justicia, cumplen la delicada función de dar a cada uno lo suyo, exhibiendo un profundo sentido de la responsabilidad a través de su conocimiento del Derecho, del espíritu de Justicia que los anima y la transparencia de los argumentos que aventan toda duda sobre la independencia de sus juicios".-

Con cita de Carlos Mouchet y Sigfrido Radaelli ("Los derechos del escritor y del artista", edit. Sudamérica, Buenos Aires, 1957, p. 161) sostiene Federico A. Villalba Diaz ("Algunos aspectos sobre los derechos de autor en internet. Conflictos con el uso de obras en el ciberespacio", JA 2000-IV-911): "Nada dice la ley argentina sobre la posibilidad de citar obras de arte, fotografías, dibujos, láminas, ilustraciones, etc. En principio, estas obras no pueden ser reproducidas sin consentimiento, salvo que ello sea indispensable para ilustrar una exposición de orden artístico o para explicar un texto del que las mismas forman parte, la explicación de una teoría, un método, argumento por lo demás confirmado por la jurisprudencia".-

Estimo que tales claros conceptos legales, jurisprudenciales y doctrinarios, demuestran la sinrazón de ambas apelantes (fs. 2045 y 2075); no pueden ampararse, en la forma que pretenden, en el artículo 31 de la ley 11.723; la violación de su personalísimo derecho ha ocasionado daño a la actora pues, como se

dice en el primer voto: "la ley 26.032/05 establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. Dicha disposición en concordancia con las normas constitucionales que a su vez encuentran correspondencia en tratados internacionales de igual jerarquía, (tal la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 13) deben armonizarse a la luz de distintas disposiciones legales contenidas en el ordenamiento común como son el art. 1071 bis del Código Civil y el art. 31 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que amparan el derecho a la intimidad personal y el derecho a la imagen, y que por otro lado también gozan de protección constitucional a través del art. 19 de nuestra Carta Magna".-

En ambas instancias la demandante ha negado haber prestado su consentimiento para que las codemandadas – quienes ni han pretendido, como corresponde, haberlo obtenido - utilicen sus imágenes en la forma en que lo hacen en sus sistemas de búsquedas por imágenes.-

Aunque infra – al considerar la cuantificación de este daño- me extenderé sobre el tema quiero expresar que he intentado entender el "perfil de la verdad" (Calamandrei) de las partes. Porque aquí y ahora hablamos de nuestros valores que –admitimos- podrían no serlo en otros lugares, en otros tiempos, o con otros usos y costumbres; tenemos presente que reconocemos el carácter global de la red internet y similar actuación de las demandadas. Recordemos que "los jueces tratan, en principio, de interpretar a la comunidad al tiempo que interpretan el caso (...) En el referido proceso de la interpretación judicial, el juez debe hallar las valoraciones vigentes para adecuar o atemperar su propia comprensión emocional del caso a la que rige en la comunidad" (Aftalion, Enrique y Vilanova, José, "Introducción al Derecho", edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 720).-

Nuestro "aquí y ahora" ha traído el compartido –lo he repetido desde siempre, ya sea saliendo como volviendo a mi tierra sanjuanina- concepto del epígrafe de Ramiro de Maeztu (aunque no expresado por él en este lugar, ni



en este tiempo) al que se ha referido recientemente el doctor Bernardino Montejano (su discurso "Filosofía clásica, amistad y concordia", pronunciado en el Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, el 20 de noviembre de 2009,

<http://diariopregon.blogspot.com/2009/11/filosofia-clasica-amistad-y-concordia.html>)

diciendo: "Hoy vivimos en el mundo del hombre abstracto quien, en su universalismo desencarnado, pierde el sentido de las cosas y no advierte las consecuencias del desarraigo. De un hombre para quien las hondas palabras de Ramiro de Maeztu: "no envidio la suerte del pájaro que vuela donde quiere, sino destino del hombre que muere donde nace", suenan como las de un extraterrestre. De un hombre que pretende ser pájaro, sin advertir que, amputado de sus raíces, sólo es un pajarón".-

Me permitiré dar un ejemplo de esa actuación global de las demandadas –por uno de sus funcionarios, también usuario, en la red internet- de ese posible entender diferente nuestros valores, de no coincidir con nuestros conceptos de imagen, honor o intimidad.-

De la red internet – tomado el 05-08-10 - resulta que el señor Vinod Sreeharsha, es "Latin America Director" de la codemandada Google Inc, ([http://www.lead411.com/Vinod\\_Sreeharsha\\_1456292.html](http://www.lead411.com/Vinod_Sreeharsha_1456292.html)), que su domicilio es Mountain View, CA, USA (el de dicha codemandada es 1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, CA, USA 94043). Se publica una nota, que estimamos íntima y relacionada con su pertenencia a un Grupo de la otra codemandada (Yahoo) (<http://groups.yahoo.com/group/wacsd/message/292?l=1>) y dice "Soy Vinod Sreeharsha. Soy un socio de este grupo aunque no he ido a una cena en mucho tiempo. La razón - ahora vivo en Buenos Aires - desde hace casi dos años. pero antes fui a una cena en san francisco, de donde soy...".-

Me interrogo –y me es más difícil encontrar la respuesta que a la primera pregunta de Yahoo- si una persona de origen hindú, que ha vivido en la costa oeste de los Estados Unidos de

Norte América –nada menos que en las inmediaciones de Silicon Valley- y hoy se domicilia aquí en Buenos Aires, director de la codemandada Google Inc, que se presenta como periodista especializado en el tema aquí en debate- ¿envidiará la suerte del pájaro o el destino del árbol?, ¿o ambos?, ¿o ninguno?, ¿o una tercera?

V. La "admisión" de la demanda en el primer voto

"En el centro de Europa están conspirando. El hecho data de 1291. Se trata de hombres de diversas estirpes, que profesan diversas religiones y que hablan en diversos idiomas. Han tomado la extraña resolución de ser razonables. Han resuelto olvidar sus diferencias y acentuar sus afinidades (...) Acaso lo que digo no es verdadero, ojalá sea profético".-

Pienso que es razonabilidad lo que se espera de nosotros y por ello me pareció oportuno al votar en "Samudio de Martínez" –como me parece reiterarlo hoy- tener presente que el señor presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Ricardo L. Lorenzetti, en la apertura de la Tercera Conferencia Nacional de Jueces (Córdoba, 18-09-08) nos hizo, con la cita del epígrafe de Jorge Luis Borges ("Obra poética", Los conjurados, Ed. Emecé, Buenos Aires, 2007, pág. 642), un llamado –precisamente- a la razonabilidad. No puedo siquiera pensar en la poesía de Borges en general, la de este libro en particular, sin recordar que un eminente jurista español, confeso admirador del poeta, nos hace sentir -y compartimos- la impresión que este libro, a la vez exquisito y profundo, le produjo (García de Enterría, Eduardo, "Fervor de Borges", edit. Trotta, Madrid, 1999, prólogo).-

Estimo haber demostrado precedentemente las razones por las que corresponde desestimar, en lo principal, los agravios de las demandadas y confirmar la sentencia de condena.-

Me permitiré ahora, por vía de hipótesis y en mi forma de acatar el llamado a la razonabilidad formulado por tan ilustres pensadores, coincidir parcialmente con el primer voto y sin embargo -

de tal modo- reconfirmar mi discrepancia con lo postulado.-

Porque aún en esta hipótesis el resultado debió ser el contrario al propuesto por mis colegas; aún en esta hipótesis no deben admitirse -en lo principal- los recursos de las accionadas. Por cierto que todo lo que digo sobre la responsabilidad de las demandadas lo es sin perjuicio de la responsabilidad directa, en sus casos, que corresponde a cada uno de los sitios –sus responsables- que lesionaron a la actora.-

Se afirma en el primer voto que la responsabilidad de los buscadores debe analizarse a la luz de lo normado por el artículo 1109 del Código Civil. Aunque hay fundados argumentos para sostener la atribución objetiva de responsabilidad en los términos del artículo 1113 del mismo Código (ver CACAzul, Sala I, voto del Dr. Esteban Louge Emiliozzi del 19-02-09, in re "Heim, German Luis y otro c/Zito Cono y otro" y nota de Fernando Tomeo, "La responsabilidad civil en la actividad informática", LL Revista Responsabilidad Civil y Seguros, 03-10, págs. 99/111), admitiré la imputación subjetiva en el supuesto hipotético del que aquí me ocupo.-

No sin destacar la atención con la que debemos ver la actividad de las profesionales empresas demandadas que, por la posibilidad de afectar los valores precípuos en la vida del hombre (honor, imagen, intimidad, otros derechos personalísimos), se le podría imputar el carácter de riesgosa, sin afirmar por ello – en virtud del supuesto de imputación subjetiva que aquí analizo - que corresponda necesariamente aplicar la norma del artículo 1113 del Código Civil; podría admitirse la existencia de riesgo creado ante la divulgación de infundios, noticias agraviantes e inexactas que afecten el honor, la imagen o la intimidad. Ya Vélez Sarsfield en su nota al artículo 2312 del Código Civil destacaba: "Hay derechos, y los más importantes, que no son bienes, tal son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen como la libertad, el honor".-

Afirma Isidoro Goldenberg, con cita de jurisprudencia y doctrina italianas ("La

responsabilidad derivada de actividades riesgosas en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial", JA 1988-II-552), que la noción de "actividad riesgosa" ha de ser aprehendida en función del concepto de previsibilidad. Vale decir, el sólo acaecimiento del perjuicio no implica per se la existencia de un antecedente de peligro para terceros; tal circunstancia debe ser reconocible ab initio para que configure este tipo de responsabilidad. La cuestión se centra, agrega, en definitiva en la relación de causalidad, debiendo indagarse a tal fin el nexo entre la actividad que se juzga y el desmedro producido, valorándose al mismo tiempo si dicha actividad de acuerdo al curso regular y ordinario de las cosas (art. 901 CC) podía normalmente, conforme a una apreciación en abstracto, conducir a ese resultado.-

Nos invita a reflexionar la conclusión, para otro supuesto, de Tomás Ignacio González Pondal supra citado ("Facebook: Reflexiones sobre el derecho a la intimidad", La Ley, sup. act. 26-05-09): "No poseo los elementos suficientes para probar que tras un mundo "amigable" propugnado por facebook, se esconde un monstruo ávido de dominio y poder. Si he podido, según entiendo, demostrar que el marco rector del sitio web en cuestión no sólo es confuso, sino, lo peor, peligroso, y que teniendo en cuenta la práctica del mismo hay evidencia de que se permite incurrir en la violación al derecho a la intimidad, usando como instrumento un falso derecho a la libertad.-

Se ha decidido la mayor responsabilidad derivada de la gestión de hacienda especializada en razón del objeto (CNCom, Sala B, 01-11-00 in re "Del Giovannino, Luis Gerardo c/ Banco Del Buen Ayre S.A.", y los allí citados, LL 2000-F-657, elDial.com AA7EC). Por voto de la señora Juez de Cámara doctora Ana Piaggi se expresó: "2) Ahora bien, el banco del Buen Ayre, es un comerciante profesional con alto grado de especialización y también es un colector de fondos públicos; ello le otorga superioridad sobre el actor y lo obliga a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (arts. 512, 902 y 909 Código Civil; v. mi voto, 5-10-1999, in re "Minniti, Oscar Vicente c/ Thriocar SA y o.;

*ídem, 20-9-1999, in re "Banesto Banco Shaw SA c/ Dominutti, Cristina"; bis ídem, 29-6-2000, in re "Caimez, Oscar Rene c/ Banco Francés SA"; cfr. Benébaz, Héctor A. "Responsabilidad de los bancos comerciales...", RDCO 16-503; Garrigues, Joaquín, "Contratos bancarios", ed. 1958, pag. 519 y ss.). En otros términos, su condición lo responsabiliza de manera especial y le exige una diligencia y organización acorde con su objeto haciendal, para poder desarrollar idóneamente su actividad negocial.-*

*Parece de toda obviedad que la conducta del banco no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito sino que debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada en tanto profesional titular de una empresa con alto nivel de especialización (cfr. arts. 512, 902 y 909 Código Civil; CNCom., esta Sala, 23-11-1995, voto del juez Butty, in re "Giacchino, Jorge c/ Machine & Man"; ídem, 14-8-1997, in re "Maqueira, Néstor y o. c/ Banco de Quilmes SA"; v. mi voto, 24-11-1999, in re "Molinari, Antonio Felipe c/ Tarraubella Cía. Financiera SA", Doctrina Societaria, ed. Errepar, tomo XI, pag. 905).-*

*Como es sabido, en los contratos en que una parte detenta superioridad técnica la otra soporta una situación de inferioridad jurídica (CNCom. esta Sala, 10-8-1998, in re "Rodríguez, Jorge Aquilino c/ Barberis Constructora SA"); esta es la situación de autos (cfr. Alterini, Atilio A. "La responsabilidad civil del banquero dador de crédito: precisiones conceptuales", ED 132-966; "Responsabilidad civil de la entidad financiera por cancelación del crédito otorgado al cliente", LL 1987-A-1067). Y la naturaleza del negocio bancario cristaliza una confianza especial, que en el caso, agrava la responsabilidad del demandado (art. 909 Código Civil; cfr. Belluscio-Zannoni, "Código Civil...", ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, tomo 4, pag. 101).-*

*Como se constata, la confianza en tanto principio de contenido ético impone a los operadores un inexcusable deber de honrar las expectativas; su quiebre, contraviene los fundamentos de toda organización jurídica y torna inseguro el tráfico (v. mi voto, 17-12-1999, in re "Gismondi, Adrián Alejandro y otro c/ Ascot Viajes SA", Doctrina Societaria, ed.*

*Errepar, tomo XI, pag. 1091; cfr. Rezzónico, Juan Carlos, "Principios fundamentales de los contratos", ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pag. 376).-*

*Para finalizar, la actitud del banco del Buen Ayre fue inexcusable; la gravedad del hecho acaecido y sus consecuencias -de las que se desentendió el defendido- pudieron evitarse con un mínimo de diligencia (cfr. arts. 512, 902, 909 y cctes. Código Civil).-*

*Tales conceptos resultan de aplicación a las demandadas y su actividad; se trata de hacienda idónea necesariamente dotada de los medios técnicos para determinar su conducta (Parellada, Carlos A., op. cit.). Tengamos presente que es bien sabido que Google y Yahoo!, son los buscadores más conocidos y utilizados a nivel mundial en Internet (aunque no son los únicos pues conocemos: MSN-Microsoft Sites, Time Warner Network, Ask Jeeves, InfoSpace Network, All Other, Alta Vista, Bing, Lycos, Wolfram Alpha; también redes sociales: Facebook, Sonico, MySpace, Twitter, hi5, Orkut; o redes profesionales: LinkedIn, entre otros; conf. Vaninetti, Gustavo Juan y Vaninetti, Hugo Alfredo y Tomeo, Fernando, ops. cites.). Estimo que resulta de interés al respecto la argumentación de los citados autores Vaninetti que me permito transcribir: "Pese a que la cuestión relativa a la distribución de responsabilidades ante el daño padecido por la aquí peticionante resulta ajeno a la resolución bajo comentario, y excede el marco de la medida cautelar impetrada, cabe preguntarse si efectivamente podría atribuírsele tanto a Google como a Yahoo! responsabilidad en el hecho dañoso.-*

*Sin dudas, habrá opiniones que consideren la total falta de responsabilidad de estas empresas, argumentado que los auténticos generadores del daño son los titulares de las páginas que publican los contenidos ilícitos. Tanto Google como Yahoo! solamente podrían ser considerados canales transmisores de lo publicado en cada sitio de la web, colaborando solamente en su ubicación.-*

*Pero también existirán aquellos que puedan opinar que sí les corresponde responsabilidad en el evento al cooperar en la difusión del*



daño, facilitando la ubicación de los sitios en cuestión.-

*En este aspecto, cabe acotar la existencia de lo que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar "la teoría del riesgo empresario", entendiendo que su factor de atribución reside en el provecho obtenido con la actividad dañosa producida.-*

*En este marco, toda empresa está destinada a producir, por un lado, bienes o servicios que prestan una utilidad social, pero por otro, genera riesgos que pueden eventualmente dañar a terceras personas.-*

*Se suele decir que la sociedad moderna y la tecnología son fuente inevitable de daños.-*

*Está socialmente justificado vincular el riesgo que las empresas generan con los beneficios extraídos de la misma actividad que lo organiza y obliga a las empresas a reparar el daño que causan (aun sin mediar culpa de su parte).-*

*Aunque no ignoro, como dicen los autores citados, que frente a este complejo cuadro de situación, los buscadores se encuentran ante una doble espada de Damocles, transcribiré dos párrafos más, que nos permitirán volver al primer voto: "Distinta sería la situación cuando las empresas que son prestatarias de un servicio de intermediación en la red tuvieran conocimiento efectivo de que la información existente es ilícita, o lesiona bienes o derechos, por ejemplo, cuando son notificados por la autoridad competente que así lo ha determinado, mediando una resolución judicial que lo indique, y no actúen con la diligencia necesaria para retirar los datos, o bien, hacer imposible el acceso a ellos (caso de los buscadores, por ejemplo).-*

*En estas situaciones, llegado el caso, sí cabría la posibilidad de endilgársele cierto grado de responsabilidad frente a los daños ocasionados, juntamente con lo que deberán responder a la par en este supuesto, sin dudas, los titulares de las páginas generadoras del evento dañoso.-*

*V - 1) Se concluye textualmente en el primer voto:*

*Resumiendo entonces, con anterioridad a cualquier reclamo del afectado solicitando el bloqueo del contenido que considera agravante y disponible en Internet a través de los buscadores demandados, no puede a los mismos serle atribuida o adjudicada culpa alguna por los contenidos cuestionados (...)*

*Observo además, que entre las Condiciones de servicio de Google, se establece que el usuario reconoce que toda la información, como archivos de datos, texto escrito, programas informáticos, música, archivo de audio u otros sonidos, fotografías, videos u otro material gráfico, al que tenga acceso como parte de los Servicios o a través del uso de estos es responsabilidad de la persona que ha creado dicho contenido (art.8.2) y que la política de Google consiste en responder a las notificaciones de supuestas infracciones de derechos de autor de acuerdo con lo estipulado por la ley de propiedad intelectual internacional, incluida la ley estadounidense de protección de derechos de autor (Digital millennium Copyright Act) así como en cancelar las cuentas de infractores recurrentes, (art. 16.1) como asimismo que Google cuenta con un procedimiento de reclamación de marcas comerciales relativo a su negocio publicitario (art. 16.2) dando las direcciones a las cuales se puede recurrir.-*

*Por lo tanto y sin perjuicio de los filtros que las demandadas puedan voluntariamente establecer a fin de impedir la indexación de sitios o imágenes que vinculen a determinadas palabras con contenidos de carácter pornográfico, erótico, sexual u otros contenidos que se consideren ilícitos, y que a tenor de lo que surge de la pericia informática son factibles desde el punto de vista técnico, o de la política que el Estado pueda llegar a adoptar en el futuro a fin de impedir el acceso a determinada información o a determinadas páginas de la web (tal el caso de algunos países que como es de público y notorio conocimiento han impuesto restricciones a los usuarios de los mismos en las búsquedas -China y Cuba-) considero que debe hacerse lugar a los agravios vertidos por las demandadas y en consecuencia revocarse la sentencia de primera instancia en tanto condena a las*

*mismas a abonar a la actora la indemnización allí establecida".-*

*Las argumentaciones precedentes permitían – permiten- modificar los últimos tres renglones que podrían –pueden- quedar así redactados: "considero que deben rechazarse los agravios vertidos por las demandadas y en consecuencia confirmarse la sentencia de primera instancia en tanto condena a las mismas a abonar a la actora la indemnización allí establecida".-*

*Porque resulta de la experticia, admitida y hago lo propio (arts. 477 y concs. del Cód. Proc.), también admitido por mis colegas, que Google Inc. y Yahoo!, tuvieron conocimiento que a través de sus motores de búsqueda se podía acceder a determinados contenidos de sitios de terceros indexados en sus búsquedas que utilizan la imagen, y/o vinculan el nombre de la actora con textos eróticos, pornográficos, sexuales u otros que se consideran ilícitos, que las demandadas pueden voluntariamente establecer filtros para impedir la indexación de sitios o imágenes que vinculen a determinadas palabras con tales contenidos.-*

*Admitido todo ello, insisto, resulta inadmisibles que según constancias del incidente de medidas cautelares (exp. N° 63314/06, que tengo a la vista) se las haya decretado con fecha 23 de agosto de 2006 (fundado entre otras constancias, en la de fs. 64, que es el acta notarial del esc. Arias del 27-06-06) y notificado de inmediato a la demandada; se presentó Google el 7 de setiembre siguiente (fs. 147/9) y a principios de este año 2010 (fs. 2139/40, ahora de este expediente principal) ¡más de tres años después de decretada judicialmente la medida cautelar! mantiene vínculos y enlaces que permiten identificar el nombre de la demandante con sitios de contenido sexual y pornográfico.-*

*Por cierto que después del 23 de agosto de 2006 en que se dispusieron medidas cautelares, y antes del corriente año 2010, los demandados fueron intimados (fs. 255, 19-05-08; fs. 407, 13-08-08; fs. 447, 14-09-09), para (fs. 447, el 14-09-09, todo del mismo incidente) diferir la solución de la cuestión al resultado de los agravios que hoy consideramos.-*

*La inconducta en que incurrieron las demandadas al no cumplir oportunamente las medidas cautelares ordenadas y firmes, procediendo a bloquear o impedir la existencia de contenidos ilegales y perjudiciales de los derechos personalísimos de la actora, es relevante e inexcusable.-*

*Recordemos que en primera instancia se decidió, con acierto en mi opinión, que es Yahoo! quien admite la entidad de la función de los buscadores y que la inexistencia de los motores de búsqueda tornaría absolutamente disfuncional el uso de Internet; concepto que tras compartir, he de complementar reiterando que ello maximiza su responsabilidad. Se ha expresado (Granero, Horacio R., "Google y los jueces del Far West", elDial.com 10-06-09 Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología): "Lo cierto es que hoy casi todo se busca "en los buscadores" o como se dice vulgarmente, hoy se googlea en Internet (de googling en inglés, término que ya fue reconocido por los propios diccionarios modernos)".-*

*También se ha resuelto "que ante un material dañoso, reclamada su eliminación por el sujeto damnificado, el proveedor debe actuar y, de ser técnicamente posible, debe acoger esa petición, por estar en mejores condiciones técnicas y fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto. Como también que ante la entidad objetiva y fácilmente verificable de la ilicitud del contenido, no puede la empresa responsable del servicio amplificar, con su divulgación, los efectos dañosos en curso. Si bien parece –al menos por ahora– dificultosa la prevención del daño, no lo es la cesación de sus consecuencias (conf. GALDÓS, JORGE MARIO, Responsabilidad civil de los proveedores de servicios en Internet, LL, 2001-D-953). De igual manera, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea contempla la facultad de un tribunal o una autoridad administrativa de exigir al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o la impida (conf. arts. 12, 13 y 14). Desde este punto de vista, es indudable que el servicio prestado por la apelante, por sus propias características, contribuye a facilitar la difusión de las páginas cuestionadas por la actora, por lo cual, la decisión adoptada por el a quo*

resulta el medio más idóneo para evitar la prolongación de la situación que se quiere hacer cesar. No obsta lo expuesto la ineficacia alegada por la apelante, habida cuenta de que la elección de los medios procesales es de exclusiva incumbencia de la actora. A lo que cabe añadir la posibilidad –aun en el caso de que los titulares de los sitios excluyeran toda relación con la accionante o los eliminaran– de acceder a versiones anteriores de las páginas a través de la función ‘en caché’, disponible en los resultados de las búsquedas, tal como lo advierte la actora. Asimismo, se debe destacar que, como surge de la prueba documental aportada por la actora y de las manifestaciones de la recurrente, en algunos casos Yahoo! Argentina se guarda el derecho a elegir los sitios que incluye en su directorio" (CNFCyC, Sala II, 15-03-07, in re "Unteruberbacher Nicole c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/medidas cautelares").-

Y aún en la misma expresión de agravios que considero se lo admite, pues se dice "es sorpresivo imponer una indemnización si mi mandante no estaba avisada" (fs. 2051v.) por lo que, en su propio concepto, no lo es si lo estaba.-

Resulta autocontradictorio entonces el primer voto, como también el segundo al adherirse, con el agregado que la referencia al derecho al olvido en éste, magnifica la autocontradicción pues la actora – afectada, por la actividad de los buscadores muy considerablemente, en su honor, imagen e intimidad, lo que no es siquiera controvertido por mis colegas - no podrá olvidar; tampoco percibir la indemnización a la que tiene legítimo derecho (ver el estudio de los alumnos del profesor Horacio Fernandez Delpech: Gonzalez, Martina; Ramos, Martín; Vicente, Florencia y Nitto, Rafael, "Protección de Datos Personales – Derecho al Olvido", <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/Trabajo%20Derecho%20al%20Olvido.pdf>).

Recordemos también la inmortalidad del mundo virtual ("La invención de Morel" (1940), Bioy Casares, Adolfo, edit. Emecé, Buenos Aires, 2003).-

VI. El daño, los intereses y las costas

"En las entrañas de la amistad se esconde el germen de la vida comunitaria con todas sus secuelas".-

"El hombre perverso provoca discordia".-

"No se ve bien más que con el corazón. Lo esencial es invisible a los ojos".-

Continuando los dos capítulos precedentes (IV Imagen y V La "admisión" de la demanda en el primer voto), preciso que los epígrafes del actual son los del discurso del doctor Bernardino Montejano supra aludido (<http://diariopregon.blogspot.com/2009/11/filosofia-clasica-amistad-y-concordia.html>); nuestros valores fueron muy bien allí expresados y son de relevancia - como dije- a la hora de considerar el daño en un caso como el que nos corresponde juzgar. El primero de los epígrafes de este capítulo VI es de Andrés Vázquez de Prada ("Estudio sobre la amistad", edit. Rialp, Madrid, 1956, p. 160); el segundo de las Sagradas Escrituras (Proverbios, 16, 28) y el tercero, mencionado en el discurso y que estimamos –también por acompañarnos desde siempre- con "merecido ascenso", de Saint-Exupéry ("El principito").-

Considero haber demostrado supra que corresponde desestimar -en lo principal- los agravios de las demandadas y confirmar la sentencia de condena que las ha considerado responsables.-

Las partes se quejan también por el daño material rechazado (actora, fs. 1998) y el moral admitido (las tres partes en pretensiones opuestas -por cierto, Calamandrei- respecto de la admisión y cuantificación del daño moral –fs. 2007v., 2045 y 2106-).-

Respecto del daño material anticipo mi coincidencia, en el caso, con la colega de primera instancia: "El acogimiento del reclamo por daño material exige la acreditación del perjuicio. La accionante no ha alegado de modo concreto, y menos aún demostrado que en todo caso, la pretendida utilización de su imagen le haya provocado daños materiales; es decir, no demostró la existencia de un perjuicio susceptible de apreciación económica en los términos del art. 1068 del Código Civil.



*Insisto, el daño debe probarse; un daño improbable no existe para el derecho; y la prueba del daño incumbe al damnificado (Llambías, "Código Civil anotado", T. II, p. 159; Mayo, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", A.C. Belluscio (dir.)- E.A. Zanonni (coord), T. 2, pág. 720).-*

*Es obligación de quien aduce daños cuya indemnización reclama, probarlos fehacientemente y debe aportar al litigio la información necesaria para su determinación por el juzgador; ello así ya que no debe acordarse resarcimiento sobre la base de meras conjeturas, si no media la indispensable prueba del daño efectivamente sufrido. Es que para que sea resarcible, es menester que resulte cierto y no meramente eventual o hipotético, ni fundado en suposiciones no probadas o en posibilidades abstractas; sino que es necesario demostrar su realidad concreta".-*

*En consecuencia, por las razones que me he permitido transcribir y las constancias del expediente, voto por el rechazo del agravio de la demandante.-*

*Consideraré ahora, conjuntamente, los agravios respecto de la procedencia y cuantificación del daño moral y -una vez más- coincido con la sentencia recurrida en cuanto: "Se ha decidido que "...Si hay un derecho a oponerse a la publicación de la imagen con independencia de perjuicios materiales, su violación importa, por sí sola, un daño moral, que está constituido por el disgusto de ver la personalidad avasallada (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala C 6/5/82 JA 1982 IV 516).-*

*Así, en esos casos el daño moral se produce in re ipsa por el mero hecho antijurídico, lesivo.-*

*Las imágenes tienen expresión propia y suficiente para transmitir un mensaje capaz de afectar a su titular. Es decir, el ámbito de la publicación/sitio no es inocuo. Esa apreciación es provocada por el marco constitutivo de la "meta-expresión" que no debe ser obviada (Bateson Gregory, "Teoría de la comunicación").-*

*"Las imágenes en cuestión pudieron resultar lesivas aún del derecho a la identidad de la actora, en términos de la distorsión entre su imagen y aquella que llevaba a construir la ubicación en los sitios citados.-*

*El dolor, la pena, la angustia son elementos que permiten evaluar la entidad del daño moral. La consideración de estas variables contribuye a la determinación de la extensión del resarcimiento.-*

*El medio a través del cual la imagen resultó afectada, y el alcance del mismo, configura otro elemento a considerar al momento de justipreciar el daño en tanto debió incidir en la entidad misma del perjuicio. En tal orden, aparece redundante destacar el alcance e impacto de la actividad desplegada a través de internet.-*

*La tarea de cuantificar económicamente el daño moral resulta difícil toda vez que se trata de dimensionar un perjuicio que por su naturaleza se desarrolla en la intimidad de la persona a la que el juez no tiene acceso. Un modo de aproximación, es acudir a la ayuda de pautas de supuestos análogos, ya que si bien cada caso tiene su especificidad derivada de las características del hecho generador del daño y de la personalidad del damnificado que puede hacer que el impacto sobre su espíritu difiera; contribuye al menos a evitar la inseguridad que genera el establecimiento de indemnizaciones muy disímiles para situaciones semejantes.-*

*El perfil asumido por la damnificada con relación a su figura constituye otro elemento a tener en cuenta para ponderar la envergadura del padecimiento. Se trata aquí de una joven que en los comienzos de su carrera artística resultó vinculada a páginas cuyo contenido no se compadecía con el target que la refleja.-*

*En virtud de las consideraciones precedentes y en ejercicio de la facultad establecida por el art. 165 del Código Procesal, estimo adecuado fijar la indemnización a favor de la actora por DAÑO MORAL en la suma de pesos cien mil (\$ 100.000)".-*

*He coincidido insistentemente con lo expresado en el sentido que, respecto de la cuantificación y a la luz de la legislación vigente, debemos acudir a la ayuda de pautas en supuestos análogos, aún admitiendo las diferentes características del hecho generador del daño y de la personalidad del damnificado; indudablemente ello contribuye a evitar la inseguridad que genera el establecimiento de indemnizaciones muy disímiles para situaciones semejantes.-*

*Al votar, por ejemplo, en "Samudio de Martínez" sostuve: "Porque comparto estos conceptos insisto, casi a diario –en la cátedra, las reuniones académicas, las audiencias, los expedientes-, en mi preocupación por el problema de la cuantificación judicial de la indemnización por daños personales, su anarquía, que conspira contra los valores, que la mayoría dice aquí sostener (v.gr. mi voto del 12-02-09, in re "Rojas, Marcelo Gustavo c/ Transporte Larrazabal CISA Línea 161 Int. 1246 y otros"; mis trabajos: "El Derecho en el Desarrollo y Medio Ambiente en las Américas. Su ponderación desde la Integración Legislativa, con especial referencia al contrato de seguro", Boletín de Información Jurídica Iuris Gestion, tercer trimestre de 1993, Barcelona, España; "Valoración de daños personales y su relación con el seguro", Winterthur, Madrid, España, 1997, tomo 1; "Cuestiones de constitucionalidad con motivo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, LL 2000-A-340; Valoración de Daños Personales", en Nicolás H. Barbato, Coordinador, Derecho de Seguros, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 325). El problema no ha sido resuelto (ver Bulló, Emilio H., "El seguro y su contribución a la sistematización de la valoración de los daños corporales", en Derecho Empresario Actual, homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 219; Garrido Cordobera, Lidia M. R., "La cuantificación de daños. Un debate inconcluso", LL 2007-D-1204).-*

*He reiterado, en votos y estudios citados, la valiosa publicidad de los precedentes judiciales (Highton, Elena, Alvarez, Gladys y Gregorio, Carlos, "Predictibilidad de las indemnizaciones por daños personales por vía de la publicidad de los precedentes", Revista de Derecho de*

*Daños, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004-3), la necesidad de consultar casos próximos para resolver, con los beneficios que trae (celeridad, certeza, equilibrio, previsión, proporcionalidad, seguridad y uniformidad, entre otros), con su consecuencia –además de tales beneficios- de hacer "menos incierta" la cuantificación del daño personal.-*

*En uno de los últimos casos que esta Sala ha debido resolver, en el que se consideraba responsable al demandado por la difusión de información falsa en programas de televisión y citado en el primer voto (22-10-09, in re "K, de C., A. R. c/Lanata, Jorge y otros", con nota de Ibarlucía, Emilio A., "Es posible la responsabilidad civil aplicando la doctrina de la real malicia", LL 2010-A-72 y 77), redujo el monto de condena por daño moral allí establecido en primera instancia y fijó en la misma cantidad aquí recurrida de cien mil pesos (\$ 100.000) la compensación por daño moral.-*

*Por todo ello voto por el rechazo de los agravios y la confirmación de la sentencia apelada.-*

*VI – 1) Estimo, por el contrario, que deben admitirse parcialmente los agravios (fs. 2106v/2110) en cuanto a la tasa de interés.-*

*Al dictar la sentencia recurrida, el día 29 de julio de 2009, se decidió (fs. 1950v) que: "Los intereses se devengarán a partir de la fecha de la notificación de la demanda y hasta el efectivo pago. En cuanto a la tasa y en virtud de la doctrina establecida en el fallo plenario de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" del 14 de octubre y del 11 de noviembre de 2008, que deja sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios "Vázquez C.A. c.Bilbao W. y otros s. daños y perjuicios" del 2/8/93 y "Alaniz Ramona Evelia c.Transportes 123 S.A.C.I . int. 200 s. daños y perjuicios" del 23/3/04, se aplicará la tasa activa cartera general -préstamos- nominal anual vencida a treinta días del Banco Central de la República Argentina".-*

Hemos resuelto en nuestra Sala D – coincidiendo parcialmente con los agravios de la demandada- que, como "Samudio de Martinez" fue dictado el 20 de abril de 2009 – no en las fechas expresadas en la transcripta sentencia- al indicado día quedó sin efecto la doctrina hasta entonces vigente y establecida en los fallos plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios", del 2 de agosto de 1993 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios", del 23 de marzo de 2004. Es decir que la doctrina de "Samudio" no se aplica retroactivamente.-

También habíamos decidido que –como en el caso- cuando se establece la compensación del daño en valores posteriores a la fecha del día a quo corresponde fijar desde esta fecha, hasta la de la cuantificación, la tasa de interés al seis por ciento (6%) anual. Si la fecha de cuantificación es posterior al 20 de abril de 2009, como en el caso, la tasa será del 6% anual desde el día a quo hasta la cuantificación y, desde entonces, la de "Samudio".-

Habíamos considerado así configurada la salvedad del punto 4º del plenario porque si la tasa activa se devengara desde el momento de producidos los perjuicios, cuando los valores de condena se fijan con posterioridad, se estaría computando dos veces la misma cosa y alterando el significado económico del capital de condena por la desvalorización monetaria operada entre el hecho y la cuantificación. En algunos casos particulares, en respeto al principio de congruencia, no se ha aplicado tal solución (v.gr. 21-05-09, "Alonso Silvana Vanesa c/ Cruz Julio Cesar y otros"; 26-05-09, "Carreira Daniel Emilio c/ Espinola Luis Roberto y otros s/ daños y perjuicios"; 08-06-09, "Poletti Susana Alicia c/ Testa Norberto Bartolomé"; 24-06-09, "Zamora José Mateo c/ Tempone Lucas Antonio s/ daños y perjuicios"; 29-09-09, "Ríos Marza Carlos Alberto y otros c/ López Carlos Javier y otros s/ daños y perjuicios"; 30-09-09, "Caro, Carla Verónica c/ Flores, Alberto José s/ Ejecución de alimentos - intereses"; 14-10-09, "Rodríguez, José María c/AUSA s/ daños y perjuicios", entre otros).-

Dicho criterio no es mantenido en la actualidad por mis colegas de Sala, que –recientemente- han cambiado su opinión (ver 14-04-10, in re "Mondino, Silvana Andrea c/Tettamanzi, Hernán Diego y otros s/daños y perjuicios"; 27-04-10, in re "Flocco, Mirta Dora c/Masini, Adriana y otro s/daños y perjuicios", entre otros).-

En atención a ello, a que por mi parte sí mantengo la opinión fundada desde el mismo "Samudio", propicio admitir parcialmente el agravio de la demandada fijando la tasa de interés del 6% anual desde la fecha de la notificación de la demanda y hasta el día 29 de julio de 2009, en que se cuantificó la condena; desde entonces hasta el efectivo pago corresponde confirmar la sentencia recurrida (conf. art. 303 del Cód. Proc., dejando a salvo mi opinión personal expresada desde mi voto en "Samudio de Martínez").-

VI – 2) Se postula en el primer voto: "2) Imponer las costas de primera instancia y de la Alzada por su orden, atento a que tratándose de una cuestión novedosa y respecto de la cual no existe aún jurisprudencia encontrándose controvertida en doctrina el tema debatido (...) 3) Regular los honorarios en el Acuerdo".-

A pesar de proponer una solución contraria a la propiciada por mi colega, coincido con imponer las costas de ambas instancias por su orden, en razón de compartir las razones dadas por mi colega, y en ejercicio de la facultad conferida por la ley (art. 68, segundo párrafo, del Cód. Proc.).-

También coincido en regular los honorarios a los profesionales intervinientes en este Acuerdo; además de coincidir celebro la propuesta que modifica el diferimiento decidido por mis colegas en muchos otros casos; lo han hecho con mis expresas y fundadas disidencias pues he sostenido reiteradamente que, de conformidad con imperativas normas legales vigentes (arts. 34, 163, 279 y conchs. del Cód. Proc., arts. 47 y conchs. de la ley 21.839), no corresponde, en general, diferir la regulación (ver: 29-06-10, in re "Berretta, Mónica Ercilia y otros c/Dialogo Publicidad S.A. y otros s/daños y perjuicios"; 05-07-10, in re "Licata, Víctor Leonardo y otros s/Servicios Viales S.A.



Concesionaria de rutas por peaje s/daños y perjuicios"; 15-07-10, in re "Carbone Diego Alfredo c/ Lopez Dominica Cortiñas y otros s/ daños y perjuicios"; 16-07-10, in re "Silva Benito Horacio c/ Empresa Ciudad de San Fernando s/ daños y perjuicios"; 16-07-10, in re "Vargas Roberto y otro c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. s/ daños y perjuicios"; 03-08-10, in re "Gonzalez, Víctor Ariel c/ Transporte Ideal San Justo y otros s/ daños y perjuicios" y los allí citados).-

La codemandada Yahoo (fs. 1968) sostiene que el "monto del proceso" no incluye los intereses.-

No coincido pues la base regulatoria está constituida por el capital de condena más los intereses, y esa es la opinión mayoritaria de esta Sala (v.gr.: 21-05-09, in re "Alonso Silvina Vanesa c/ Cruz Julio Cesar y otros s/ daños y perjuicios"; 14-08-09, in re "Figuerola, Marcelo Manuel c/ Nudo SA Línea de Transporte Pub de Pasajeros y otros s/ daños y perjuicios" y "Ortega, Rodrigo Fernando c/ Idelson, Oscar Darío y otros s/ daños y perjuicios", 15-07-10, in re "Carbone Diego Alfredo c/ Lopez Dominica Cortiñas y otros s/ daños y perjuicios", y los allí citados).-

Reitero mis convicciones respecto del tema (v.gr.: votos del 08-10-09, in re "Alaniz Castillo, Jorge y otro c/Prieto, Oscar Héctor y otros s/daños y perjuicios" -en La Ley Online: AR/JUR/37857/2009- y del 12-05-10, in re "Moran, Alicia c/ Castiglia, Carmen Liliana", entre otros).-

He dicho, e insisto, que las regulaciones de honorarios que deben realizarse al dictar sentencia, me han llevado a proponer cumplir con nuestro deber, del modo que lo hacíamos cuando éste era el criterio unánime de la Sala, regulándose los honorarios en forma porcentual (desde el 18-10-05, in re "Fernandez Héctor Claudio y otros c/ Imagen Satelital S.A. s/ propiedad intelectual ley 11723 ordinario" -en La Ley Online: AR/JUR/9064/2005 y en DJ 08-02-2006, 284, con nota de Carlos Ernesto Ure y Oscar G. Finkelberg, "Intereses en la base regulatoria"-; ver también 29-03-06, in re "Vanasco, Jorge Pablo c/ Microómnibus Norte S.A. y otro"; 31-

08-06 y 10-05-07, in re "Cusi, Marcelo Julio y otro c/ Enjamio, Leonardo Sebastián y otros s/ daños y perjuicios").-

El cambio que se produjo en la integración de la Sala el día 3 de octubre de 2006 trajo – precisamente - cambios; fue el motivo por el que mi fundada y mantenida opinión en este tema –como en otros- quedara en minoría (conf. 28-05-07, in re "Heinrich Ana María Erna Erica c/Ediciones Altaya SA s/daños y perjuicios"; 11-03-08, in re "Bonzo, Guido Alejandro c/ Transportes Automotores Cuyo (T.A.C.) y otro s/ daños y perjuicios"; 10-08-09, in re "Gómez, Hugo Alfredo c/ Córdoba, José Gumersindo"; 12-08-09, in re "Degani, Juan Rafael y otro c/Aguirre, Eduardo Ramón", entre otros); debo precisar que, en algún caso aislado (v.gr.: 08-10-09, in re "Alaniz Castillo, Jorge y otro c/Prieto, Oscar Héctor y otros s/daños y perjuicios" -en La Ley Online, AR/JUR/37857/2009-) se mantuvo, por mayoría, la que estimo como acertada interpretación de la ley y cumplimiento adecuado de nuestros deberes.-

Habíamos fundado el 18 de octubre de 2005 la sentencia afirmando que debemos dar satisfacción a los principios de celeridad, concentración y economía procesales, como al preámbulo de la Constitución Nacional que nos impone afianzar la justicia; son los mismos textos superiores y principios que fundan mis votos respecto de la doctrina de "Obarrio y Gauna" supra citados; mis colegas al aplicar esta doctrina (no vigente, reitero) obligan a las partes a recurrir a una tercera instancia, con el previsible resultado que las sentencias que dictan serán revocadas por arbitrarias. Por otra parte al diferir la regulación de honorarios, reenviando a primera instancia, obligan al magistrado de primera instancia, como a las partes y a todos los profesionales intervinientes, a tramitar la cuestión con pedidos, resoluciones, notificaciones, recursos, elevaciones, etc.-

Al regular honorarios en el acto de la sentencia (obviamente por el o los mismos jueces que la dictan y en el preciso momento de la valoración final; sin la posibilidad –por otra parte- de eventuales cambios de magistrados en los supuestos de diferírselos), es cuando mejor se

*pueden apreciar las pautas de los artículos 6 y concordantes de la ley 21.839. Como sostiene la doctrina especializada es entonces cuando el magistrado posee la visión de conjunto que le permite la aplicación de todas las pautas arancelarias (Carlos E. Ure y Oscar G. Finkelberg, "Honorarios de los profesionales del derecho", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 333).-*

*Desde la sentencia acreedores y deudores conocen tan aproximada, o exactamente, como es posible, sus créditos y débitos, estableciéndose las bases para practicar liquidación y percibir/pagar los créditos y débitos.-*

*Los profesionales beneficiarios de las regulaciones, que tienen carácter alimentario (que son los primeros auxiliares de la justicia; tengamos presente -por ejemplo y en cuanto a los abogados- la norma del artículo 58 del CPCC, o palabras como las de Carlos S. Fayt en "Presente y futuro de la abogacía", en LL 1997-F-1130, o de Carlos Ernesto Ure en la obra citada y en "Honorarios y dignidad de la labor del abogado", en LL 1999-B-34) conocen y podrán recibir antes su retribución que, de tal modo, será más justa.-*

*El mismo Poder Judicial se beneficia porque significa, además, el ahorro de los mayores trámites que se originan por diferir las regulaciones de honorarios (pedidos para que se lo haga, resoluciones con el obligado nuevo estudio del proceso, notificaciones, apelaciones, memoriales y traslados, pases de expedientes de una instancia a otra, etc.).-*

*Recordemos el texto del artículo 279 del Código Procesal, ley 17.454, en cuya exposición de motivos puede leerse: "La experiencia diaria nos demuestra con cuanta frecuencia los tribunales de alzada se ven impedidos de adecuar a sus pronunciamientos los honorarios regulados en primera instancia, por no haber sido éstos materia de apelación. En tales casos deben devolver las causas a los juzgados de origen para que se practiquen allí nuevas regulaciones, las cuales, como es obvio, pueden ser apeladas por las partes. Esta remisión de los expedientes puede evitarse facultándose a las Cámaras de Apelación para*

*ajustar de oficio el monto de los honorarios, cuando así corresponda por ser sus decisiones revocatorias o modificatorias de las de primera instancia, solución ésta que ha sido incluida en el artículo 279 del Proyecto" (conf. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 581, comentado por Carlos J. Colombo).-*

*Siendo claro el fundamento legislativo de la norma, estimamos oportuno traer el judicial en supuestos que admitimos como similares. Esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó sentencia plenaria hace cincuenta años que decidió: "Revocada la sentencia de primera instancia, que no había entrado en el fondo del asunto y no había fijado la indemnización por rechazar la demanda, el tribunal de alzada debe entrar a resolver plenamente", in re "Gaggero de Simonetti, María y otros c/ Bogopolsky, Josué" (LL 79-492; JA 1955-III-208; GF 214-397); con el texto legal hoy vigente adquiere, entonces, mayor fuerza aún el voto de entonces del doctor Podetti, que contó con amplia mayoría en dicho plenario, y concluyó que el tribunal de alzada debe entrar a resolver plenamente.-*

*Y hoy las normas vigentes nos imponen el deber de cumplir los principios de celeridad, concentración y economía procesales, como regular honorarios al dictar sentencia (arts. 34, 163, 279 y conchs. del CPCC, art. 47 de la ley 21.839). Es legal, e ideal por todas las razones que estoy dando, hacerlo en porcentuales; pero no lo es diferir hasta la liquidación, como suele decidirse; aún cuando no se admita hacerlo en porcentuales se debe regular sobre las sumas líquidas existentes (conf. cit. art. 47 ley 21.839). Tampoco la norma del artículo 505 del Código Civil es óbice para regular pues, en todo caso, deberá practicarse oportunamente el prorrateo.-*

*La Sala "G" de esta Cámara ha regulado recientemente honorarios en forma porcentual (18-05-09, in re "Di Franco, Aldo Ricardo c/Lorca, Beatriz Estela y otros s/daños y perjuicios", exp. Nº 84.149/07) resolviendo de ese modo el recurso interpuesto contra la decisión de primera instancia (Juzgado 54), que lo había establecido. En otro caso lo hizo la Sala "I" de la Cámara Federal de*

*Apelaciones en lo Civil y Comercial, confirmando los porcentajes establecidos en primera instancia (30-07-09, in re "Universidad Nacional de San Martín c/ Superintendencia de Riesgos del Trabajo s/cobro de sumas de dinero", exp. N° 11.391/05).-*

*Las Cámaras Federal de la Seguridad Social y Nacional de Apelaciones del Trabajo así lo hacen desde siempre y en casi todos los casos. Por ejemplo, y para la primera, lo vemos en sentencia de su Sala II (La Ley, 2006-C-26); para la segunda podemos leer sentencias que han regulado los honorarios en porcentajes de las Salas III (El Derecho, tomo 210, pág. 132), VI (ídem, pág. 566), IX (ídem, pág. 258) y X (ídem, pág. 318). Y en La Ley (tomo 2005-A) se publican sentencias dictadas por las Salas I (pág. 676), II (pág. 783), V (pág. 330) y VIII (pág. 226) que han procedido del mismo modo.-*

*La doctrina autoral ha coincidido, directa o indirectamente, con este modo de resolver (Raúl A. Etcheverry, "Necesarias celeridad y economía procesales. Honorarios regulados al momento de sentenciar", La Ley 2005-D-15; Carlos E. Ure, "Regulación de honorarios en porcentajes", La Ley Buenos Aires 2005-1027 2005-1027; entre otros).-*

*Por su parte Oscar Enrique y Juan Manuel Serantes Peña y Jorge Francisco Palma dicen, con expresa mención de la sentencia de la Sala "C" de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (17-12-75 in re "B., M.R. y otra", LL 1977-A-561, N° 34.031-S), que la norma del artículo 47 de la ley nacional 21.839 tiende a evidente economía procesal pues la base de la regulación estará fijada en la sentencia misma y se evitan demoras en las tramitaciones de las regulaciones ("Aranceles de honorarios para abogados y procuradores", Ed. Depalma, Buenos 1979, pág. 142).-*

*Norberto José Novellino, refiriéndose igualmente a la norma del artículo 47 de la ley 21.839 afirma: "parecería que solamente puede diferirse la regulación en el único supuesto previsto por la norma (...) Infelizmente, veremos enseguida que ello no es tan así en la práctica tribunalicia por cuanto algunos magistrados tienden a postergar la regulación*

*de honorarios bajo distintos pretextos que, a veces, ni siquiera están previstos en norma alguna ¿Será porque la mayoría de ellos no han ejercido la profesión activa e ignoran las angustias económicas que a veces padecemos quienes hacemos de ella nuestra única militancia? (...) cuando los jueces se encuentren con la imposibilidad de regular honorarios en la sentencia (...) deberán tomar los recaudos necesarios en la misma sentencia para que pueda llevarse a cabo la regulación pertinente en un futuro cercano, al igual que tiene obligación de dar las pautas para que proceda la liquidación en los juicios que arriben a un fallo condenatorio de pago de sumas de dinero. En esta forma, no sólo se cumpliría con el espíritu de la norma en examen, sino también con el del Código Procesal que es el de lograr una mayor celeridad procesal según resulta de su artículo 34, inciso 5º, punto e, y lo afirman los autores del proyecto de la oportuna reforma introducida por la ley 17.454 al referido Código ("Aranceles y cobro de honorarios", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé 1995, págs. 256 y 262).-*

*He reiterado entonces que el modo en que debemos dar cumplimiento a nuestra obligación de regular honorarios por las actuaciones en ambas instancias, es haciéndolo en porcentuales a aplicarse sobre el monto que en definitiva resulte de la liquidación a practicarse por capital más intereses y según lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 14, 19, 33, 37, 38 y concordantes de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432.-*

*Así lo voto.-*

*Con lo que terminó el acto. PATRICIA BARBIERI ANA MARIA BRILLA DE SERRAT DIEGO C. SANCHEZ.-*

*Este Acuerdo obra en las páginas n° a n° del Libro de Acuerdos de la Sala "D", de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.-*

*Buenos Aires, de agosto de 2010*

*Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por mayoría, SE RESUELVE: 1) hacer lugar a los agravios opuestos por las demandadas, revocando la*



*sentencia, en tanto admite los daños y perjuicios reclamados, y modificando lo dispuesto por la "a quo" en el punto II) de la parte dispositiva de la sentencia, con el alcance establecido en los considerandos precedentes; 2) imponer las costas de primera instancia y de la Alzada por su orden.-*

*Conforme al presente pronunciamiento y atento lo dispuesto por el artículo 279 del Código Procesal y artículos 1, 6, 7, 9, 11, 37 y 38 del arancel y ley modificatoria 24.432, teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados en autos, etapas cumplidas, el monto del interés económico comprometido y la proporción que deben guardar los honorarios de los peritos con los de los letrados, así como lo normado por el artículo 4°, inc. 4), del decreto 1465/07, se adecuan los emolumentos, fijándose en pesos ... (\$ ...) la retribución de los letrados de la*

*codemandada Yahoo! de Argentina SRL, en conjunto;; en pesos ... (\$ ...) la de la dirección letrada de Google Inc., y en pesos ... (\$ ...) la de los doctores A. M. L. P. y G. D. T., en conjunto, confirmándose por ser ajustada a derecho la regulación de los peritos R. B. G., M. P., P. D. V., consultor técnico D. E. C. y mediador doctor P. T. M.-*

*Por la actuación ante esta alzada se fija en pesos ....(\$ ...) el honorario del doctor R. C., en pesos .... (\$ ....) el del doctor J. P. B. y M. F. G., en conjunto, y en pesos .... (\$ ....) el de los doctores A. M. L. P. y M. A. E., en conjunto (art. 14, ley de arancel 21.839).-*

*Notifíquese por Secretaría y devuélvase.//-*

*Fdo.: Patricia Barbieri - Ana María Brilla de Serrat - Diego C. Sánchez (en disidencia)*