

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

**Transmisión digital. Proveedor de servicios. Motor de búsqueda.  
Responsabilidad. Conocimiento efectivo de la actividad infractora.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

**ORGANISMO:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala J

**FECHA:** 31-8-2012

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto del fallo en la Biblioteca Jurídica Virtual <http://www.eldial.com/>. Referencia AA794E

**OTROS DATOS:** Expediente 84.103/2007.

**SUMARIO:**

*“El sentenciante considera que resulta aplicable a los buscadores de Internet el régimen legal de la responsabilidad subjetiva, y dentro de este marco, adhiere a la posición doctrinaria que sostiene que recién podrá hablarse de actividad culposa, desde el momento en que el buscador arribe al llamado «conocimiento efectivo» que se configuraría con una notificación judicial”.*

*“Aclara a continuación que «Empero, cuando el contenido del sitio es manifiestamente ilegal, cuando de manera palmaria atenta contra los derechos personalísimos, y ello no es susceptible de más o de menos, sino que resulta indudable, en nuestro sistema debería bastar con la notificación fehaciente que haga el damnificado, incluso a través del mecanismo con que cuenta para denunciar abusos. A partir de allí, en tales hipótesis, para no incurrir en culpa, sobre el buscador recae la obligación de actuar con diligencia para filtrar el enlace en cuestión. Imponer también en esos supuestos la obligación de la notificación judicial constituye un exceso que afecta el equilibrio que necesariamente debe existir entre la libertad de expresión, que comprende la de buscar y difundir información, y los derechos personalísimos, como la intimidad, el honor y la propia imagen de las personas. También entiendo, en este sendero, que sobre el damnificado recae la carga de individualizar las páginas cuyo contenido le es perjudicial. En otros términos, es el damnificado quien debe correr con la carga de denunciar puntualmente los sitios que estima violatorios de sus derechos personalísimos».”*

[...]

*“... no se cuestiona que si se ordena judicialmente al buscador bloquear un contenido determinado, éste debe cumplir la orden, la diferencia radica en que se admite que pueda existir responsabilidad aún antes de que un juez haya emitido un pronunciamiento, cautelar o definitivo”.*

[...]

*“Si fue notificado extrajudicialmente de la existencia del contenido ilegal y se le reclamó su bloqueo, debe proceder a dejar sin efecto el vínculo o bloquear el contenido si el mismo ha sido correctamente individualizado (en el sitio web correspondiente, en forma precisa y no genérica) y 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 del Buscador un obrar leal, de buena fe y con la diligencia de un buen hombre de negocios, máxime cuando el autor del contenido es desconocido”.*

[...]

*“La obligación de prudencia implica la responsabilidad del proveedor de alojamiento cuando del mismo nombre del sitio alojado, surge en forma explícita o se podrían generar dudas acerca de la licitud de su contenido. En estos casos, la obligación de eliminar de su servidor los sitios cuyo carácter ilícito es aparente se torna inexcusable. La acción final, consiste en que debe levantarse de manera inmediata los lugares controvertidos y velar para que no sean reabiertos, esto dentro de las posibilidades de los medios tecnológicos disponibles”.*

[...]

*“Pero también debe requerirse del supuesto damnificado (que solicita el bloqueo de contenidos) un obrar leal y de buena fe, debiendo identificar en forma concreta el contenido cuyo bloqueo solicita y su ubicación, esto es, los sitios web con contenido ilícito o que considere agraviantes, como así también las causas y fundamentos de su requerimiento, con criterios razonables, lógicos y preceptos legales aplicables”.*

*“El supuesto damnificado que efectúe una notificación infundada deberá responder por los daños y perjuicios que su obrar imprudente cause al Buscador. En otras palabras, la persona que actuando maliciosamente requiera injustamente el bloqueo de contenidos legítimos deberá responder por los daños y perjuicios que su actuar pudiere ocasionar al Buscador como así también al autor de dichos contenidos”.*

*“En algunos casos no existirá duda alguna sobre la calidad ilegal del contenido cuyo bloqueo se solicita, en otras situaciones podrán existir dudas sobre «la naturaleza ilegal del contenido». En estos casos el Buscador deberá recurrir a sus asesores (abogados o al experto que fuere necesario) para diligentemente fijar una posición y eventualmente, ocurrir ante el órgano judicial a los efectos que corresponda”.*

[...]

*“Afirmar sin más que la mera existencia de los buscadores configuren la «causa eficiente» de una infracción o una conducta dañosa on line, significa desconocer tanto el funcionamiento*

*de los diferentes servicios, como la de aquellas «medidas razonables» que debe adoptar quien se desprende una a actividad no regulada como evidentemente lo es la actividad en Internet. No podemos exigir a los servidores de Internet que ponen a disposición este tipo de servicio una obligación objetiva de resultado agravada. Una cosa es hacer caso omiso de la notificación sobre la existencia de material que debe ser bloqueado, y otra muy diferente imponer la obligación de fiscalizar todos y cada uno de los contenidos que circulan en la red, aún a aquellos que se vinculan en forma automática y que además, tienen la característica de ser extremadamente dinámicos”.*

[...]

*“De los casos en que diversos actores, actrices y modelos de ambos sexos en razón de que usados sus nombres artísticos como argumentos de búsqueda, el sistema proveía en la lista de resultados hipervínculos a sitios donde terceros mal intencionados habían sembrado esos nombres de manera de provocar que los buscadores propusieran a los usuarios el ingreso a sitios pornográficos o de «acompañantes» sexuales, podemos extraer la doctrina -igualmente aplicable a conflictos sobre Derecho de Autor- que considera que una vez advertidos por los perjudicados, los empresarios de motores de búsqueda tienen obligación de tomar las contramedidas para evitar que los resultados engañosos (y en este caso también injuriantes) sigan apareciendo en sus listas. 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 tácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto. 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 ...”.*

**COMENTARIO:** Aunque como en otros fallos reseñados en esta compilación sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, la sentencia que nos ocupa no se refiere específicamente al derecho de autor (aunque hace una alusión a él), pues el motivo de la controversia estuvo referido al uso no autorizado de la imagen de una persona y a la demanda de supresión de cualquier enlace a través de motores de búsqueda a páginas donde se la vinculara a elementos de contenido sexual, erótico o pornográfico, las reflexiones que hacen las sentenciadoras sobre el conocimiento del prestador de servicios acerca de la actividad ilícita a cuyo acceso o enlace contribuye y los supuestos en que incurre en responsabilidad una vez tenido ese entendimiento (además de muchas otras consideraciones que recomiendan la lectura completa de la sentencia), son de suma utilidad cuando se trata de asuntos donde el material accesible infringe un derecho de autor o un derecho conexo. Ya antes de que los países o los órganos comunitarios comenzaran a dictar normas particulares al respecto (lo que resulta igualmente válido para aquellos que no han legislado todavía sobre la materia), la justicia en varios países ha aplicado las normas del derecho común, dependiendo del rol que cumple el proveedor en el alojamiento, vinculación o acceso a los contenidos protegidos, tomando en consideración que *“en cuanto al Internet, la existencia de un nexo pertinente depende del status del proveedor de contenido, del servidor de alojamiento, de los intermediarios y del usuario final. La importancia de cada uno en particular varía según las circunstancias del asunto y la naturaleza del litigio”*<sup>1</sup>. Así, por ejemplo, en los Países Bajos, se declaró la responsabilidad

<sup>1</sup> Suprema Corte de Canadá (30-6-2004), en <http://www.canlii.org>.

de un proveedor de servicios en Internet “sobre la base del cuidado que corresponde en aras de una adecuada conducta social”, siempre que “uno de los usuarios de su sistema informático esté infringiendo un copyright o de otra manera actúe ilícitamente a través de su home page” <sup>2</sup>. También en Francia se sentenció que el proveedor de alojamiento tiene una obligación general de prudencia y de diligencia, que consiste en tomar las precauciones necesarias para evitar perjuicios a los derechos legítimos de terceros, con la responsabilidad de poner en aplicación medios razonables de información, de vigilancia y de acción frente a contenidos no autorizados <sup>3</sup>. Y en América Latina, la justicia chilena (antes de la reforma de su ley de propiedad intelectual en 2010, que incorporó un capítulo sobre la limitación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet), resolvió 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. Esta responsabilidad dependerá de las funciones que el «actor de Internet» o usuario de la red se encuentre realizando al momento de producirse el hecho generador de ésta. Un usuario de la red puede, simultáneamente, desempeñar varias funciones, radicándose las responsabilidades, normalmente en dos o más usuarios” <sup>4</sup>. Posteriormente, fueron dictadas normas específicas al respecto, a partir de la *Digital Millennium Copyright Act* de los Estados Unidos (DMCA) y de la Directiva Europea sobre comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE), entre otras cosas, para establecer las condiciones bajo las cuales un prestador de servicios puede ampararse en un “puerto seguro” (exención de responsabilidad). De acuerdo a la DMCA un proveedor de servicios solamente puede quedar protegido por el “puerto seguro” si: “A. (i) no tiene conocimiento real de que el material o una actividad que usa el material en el sistema o red son infractores; ii) En ausencia de dicho conocimiento real, no tiene conciencia de los hechos o circunstancias que evidencian la actividad infractora; o (iii) Al obtener dicho conocimiento o conciencia, actúa de manera expedita para remover o deshabilitar el acceso al material. B. No recibe un beneficio financiero directamente imputable a la actividad infractora en el caso de que el proveedor de servicios tenga del derecho y capacidad para controlar dicha actividad; y C) Al ser notificado de la violación reclamada ... responde de manera expedita para remover o deshabilitar el acceso al material que se alega es infractor o que es objeto de actividad infractora”. En lo que se refiere al conocimiento del hecho ilícito, existe una gran similitud con las normas aprobadas en la Directiva Europea, según las cuales es necesario que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilegítimo, además de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de la actividad ilegal. Todo lo anterior quiere decir que si el prestador tiene conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, las consecuencias pueden quedar limitadas a la de daños y perjuicios en el marco de la responsabilidad civil, pero si se trata de un “conocimiento efectivo” (es decir, real y consciente, o sea, doloso), la conducta del infractor es susceptible de derivar en una responsabilidad penal, independientemente de la civil y/o administrativa que corresponda de acuerdo a la ley aplicable. Ahora bien, el procedimiento mediante el cual se puede poner en conocimiento al prestador de servicios de que está comprometida su responsabilidad directa o indirecta

2 Corte de Distrito de La Haya, Church of Spiritual Scientology vs. Dataweb B.V. et al. 96/1048 (1999).

3 Tribunal de Gran Instancia de París (22-5-2000).

4 Corte de Apelaciones de Concepción (6-12-1999). Rol 249-99.



en razón de la actividad infractora, puede ser distinta en cada ordenamiento. Así, por ejemplo, la Ley española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, dispone que se entiende que el prestador de servicios tiene conocimiento efectivo cuando un órgano competente ha declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se haya declarado la existencia de la lesión, y el prestador conozca la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. Sobre lo que significa el “conocimiento efectivo” del contenido infractor, el Tribunal Supremo Español aclaró sin embargo que la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico “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”<sup>5</sup>, es decir, que ese conocimiento efectivo no tiene que surgir necesariamente de una notificación judicial o administrativa. En todo caso, si es la persona afectada la habilitada para hacer la notificación al prestador acerca de la actividad infractora, dicha lesionada debe, como apunta la sentencia en comentarios, “identificar en forma concreta el contenido cuyo bloqueo solicita y su ubicación”. Sirva como ejemplo el caso resuelto por el Tribunal de Gran Instancia de París, donde ante una imprecisa notificación al proveedor de alojamiento acerca de una obra musical albergada en su servidor, dijo que “... no puede por lo tanto reprocharse a la sociedad ... que no haya podido, vistas estas indicaciones muy vagas, ni identificar la obra que hoy se argumenta como infracción, ni localizar el archivo que le permitiera su representación y su reproducción [y por tanto], el no haber inmediatamente cerrado el acceso al sitio” y que “en las condiciones de estas verificaciones, no se le puede reprochar ninguna negligencia ni imprudencia”<sup>6</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

## TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, a los 31 días del mes de agosto de 2012, reunidas las Señoras Jueces de la Sala “J” de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la capital Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ daños y perjuicios”.

La Dra. Marta del Rosario Mattera dijo:

I.- La sentencia obrante a fs. 1853/1873 desestimó la demanda incoada, imponiendo las costas en el orden causado.

La accionante interpuso recurso de apelación, el que fuera fundado en la pieza obrante a fs. 1883/1949, cuyo traslado fue respondido por las empresas codemandadas a fs. 1954/1977 y 1980/1996.

El Tribunal convocó a dos audiencias, la primera

de ellas el 22/3/2012, con la presencia de las partes, el perito informático designado en autos y consultores técnicos (acta de fs. 2011), y la segunda exclusivamente con los litigantes el día 19/04/2012 (acta de fs. 2039), no siendo posible arribar a un acuerdo definitivo.

A fs. 2040 se dictó el llamado de autos a sentencia, providencia que se encuentra firme.

II.- En primer término, ha de señalarse que en el proceso que aquí se ventila se plantearon conjuntamente dos índoles de reclamos: uno destinado a obtener una reparación económica por daños y perjuicios ya padecidos, y otro cuya finalidad consistía en ordenar una conducta para el futuro, consistente en obligaciones de hacer y de no () hacer (disponer el cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen, eliminar y abstenerse de incluir toda imagen suya en los “buscadores de imágenes”, eliminar de sus “buscadores Web” toda vinculación entre su nombre y los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y tomar las medidas técnicas y organizativas necesarias para evitar

5 Sentencia de la Sala Civil (9-12-2009).

6 Sentencia de la 1ª Cámara (23-5-2001).

que a través de los buscadores pueda efectuarse cualquier tipo de vinculación de su nombre e imagen con sitios Web de contenido sexual, pornográfico, oferta de sexo y similares).

Tales peticiones se encuentran claramente delimitadas en los puntos a), b), c), d) y e) del escrito de inicio (fs. 108).

Con variantes de luego se explicarán detalladamente, se había promovido con anterioridad, en el año 2006, la causa conexas “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ medidas cautelares”, cuyo objeto fue precisamente ir obteniendo por esa vía precautoria lo que en este juicio se plantea como la segunda cuestión señalada, que podría encuadrarse genéricamente en acciones destinadas a suprimir el daño ya configurado y prevenirlo en lo sucesivo.

El sentenciante considera que resulta aplicable a los buscadores de Internet el régimen legal de la responsabilidad subjetiva, y dentro de este marco, adhiere a la posición doctrinaria que sostiene que recién podrá hablarse de actividad culposa, desde el momento en que el buscador arribe al llamado “conocimiento efectivo” que se configuraría con una notificación judicial.

Aclara a continuación que “Empero, cuando el contenido del sitio es manifiestamente ilegal, cuando de manera palmaria atenta contra los derechos personalísimos, y ello no es susceptible de más o de menos, sino que resulta indudable, en nuestro sistema debería bastar con la notificación fehaciente que haga el damnificado, incluso a través del mecanismo con que cuenta para denunciar abusos. A partir de allí, en tales hipótesis, para no incurrir en culpa, sobre el buscador recae la obligación de actuar con diligencia para filtrar el enlace en cuestión. Imponer también en esos supuestos la obligación de la notificación judicial constituye un exceso que afecta el equilibrio que necesariamente debe existir entre la libertad de expresión, que comprende la de buscar y difundir información, y los derechos personalísimos, como la intimidad, el honor y la propia imagen de las personas. También entiendo, en este sendero, que sobre el damnificado recae la carga de individualizar

las páginas cuyo contenido le es perjudicial. En otros términos, es el damnificado quien debe correr con la carga de denunciar puntualmente los sitios que estima violatorios de sus derechos personalísimos”.

Finalmente, al analizar el expediente de medidas cautelares a fin de determinar si la conducta observada por los buscadores podía quedar emplazada en el ámbito de la culpa que define el art. 512 del Código Civil, concluyó que “los demandados han desplegado una actividad diligente, apropiada a las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Debe ponderarse en esta línea las dificultades de índole técnico que debieron sortear para cumplir con el bloqueo, y el breve plazo que le dio el Tribunal para que lo concretaran”.

En relación con el funcionamiento de la página en “caché”, entiende el sentenciante que le caben a esta actividad los mismos criterios de responsabilidad de los buscadores, considerando además que “...por sus características, resulta de utilidad la doctrina derivada del difundido caso “Campillay” [Fallo en extenso: elDial.com - AA5C9], que fuera luego ampliado por la nuestro Más Alto Tribunal a otros casos, entre los cabe mencionar “Granada” [Fallo en extenso: elDial.com - AA58D] y “Espinosa”. De acuerdo con esta doctrina, un verdadero estándar en el ámbito de la responsabilidad de los medios de prensa, quien reproduce los dichos difamatorios de otro es un mero transmisor de aquéllos y no es responsable por ellos, dado que su actividad se limita a efectuar un reporte fiel, que es uno de los aspectos fundamentales que hacen al objetivo y al contenido del ejercicio regular del derecho de informar.”

Por ello, estima que no es más que “un recurso para optimizar la herramienta de búsqueda, puesto que además de una reducción en los costos, permite imprimirle una mayor velocidad. En la medida que el buscador no haga suyos los contenidos, o le agregue consideraciones o valoraciones propias, y se limite a copiar o reproducir, que es lo que realmente acontece con la memoria en caché, ninguna responsabilidad le cabe por el contenido dañoso, en la medida que no haya arribado al mencionado “conocimiento efectivo”.

*Con relación a las imágenes, afirma que las fotografías reducidas están en general vinculadas a la actividad artística de la demandante, o con aspectos de su vida que ha decidido mostrar, que ya están en la red, son públicas, contenidas en sitios de terceros no demandados en este proceso de libre acceso y “nada hay en el expediente que autorice concluir que los demandados cobraran por el uso de la fotografía disminuida de la accionante, ni que se le diera un uso comercial, o se le imprimiera una finalidad publicitaria. Por tanto, alejada la hipótesis de la captación indebida que protege el art. 1071 bis del Código Civil citado, que por lo demás no ha sido invocada, y ausente la posibilidad de achacarles a los accionados la “puesta en el comercio” del retrato fotográfico de la accionante, cualquier reproducción que efectúen los buscadores debería quedar amparada por la libertad que contempla el mencionado art. 31, última parte, si como en la especie no existe un afán de lucro, o finalidades comerciales o publicitarias”.*

*Finalmente, concluye el pronunciamiento recurrido: “En base a los razonamiento esbozados, y sin perjuicio de lo que oportunamente se resolviera en el terreno cautelar, caracterizado por la ausencia de cosa juzgada y por el carácter provisional, considero que debe rechazarse la pretensión de la demandante, en cuanto solicita la reparación de los daños y perjuicios causados “...por haber procedido al uso comercial y no autorizado” de su imagen “a través de su servicio de búsqueda por imágenes”. La misma suerte negativa debe correr el pedido de que se condene “...el cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y a eliminar y abstenerse de incluir toda imagen suya en los buscadores de imágenes” (fs. 108 y 108 vta.). Esta última alternativa conduce a privar a los usuarios de acceder por medio del buscador a páginas que contienen información de la actora que es pública, que está en la red y que es legal, tal lo que acontece en la actualidad con Yahoo a raíz del cumplimiento de la ampliación de la medida cautelar dispuesta a pedido de la demandante”.*

*“En resumen, a modo de colofón, entiendo que en autos concurren los siguientes presupuestos de la*

*responsabilidad civil: el daño, el hecho humano, la antijuridicidad y la relación de causalidad. Mas, hasta allí, la responsabilidad derivada de los contenidos manifiestamente ilegales y lesivos de los derechos personalísimos de la accionante es de los titulares de las páginas. Pero no se verifica en cabeza de los buscadores el factor de atribución de responsabilidad, imprescindible para la admisión de la demanda. Ello, porque de acuerdo a las pruebas colectadas los demandados demostraron una razonable diligencia en la operación de “filtrado”, cuando arribaron al llamado “conocimiento efectivo” de los contenidos ilegales concretamente individualizados en el expediente sobre medidas precautorias, amén de lo señalado en relación con el uso de las imágenes disminuidas”.*

*Es destacable el estudio de la cuestión que evidencia la sentencia apelada, incluyendo aportes doctrinarios, el voto mayoritario en el único antecedente jurisprudencial nacional emanado de la Sala D de esta Excm. Cámara Nacional de Apelaciones y la cita de normativa y precedentes extranjeros (Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europa “Nelly, Leslie versus Arriba Sofá Corporation”, de la Cámara Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, de San Francisco, Estados Unidos).*

*No obstante, he de adelantar que no comparto las conclusiones a las que arriba el colega de grado, que ha analizado las razones por las que considera que los accionados no deben responder por el daño ya producido –cuya existencia afirma y reconoce sin dar respuesta específica a las otras peticiones contenidas en la demanda, en relación a eliminar de sus “buscadores Web” toda vinculación entre su nombre y los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y tomar las medidas técnicas y organizativas necesarias para evitar que a través de los buscadores pueda efectuarse cualquier tipo de vinculación de su nombre e imagen con sitios Web de contenido sexual, pornográfico, oferta de sexo y similares.*

*Concordantemente con ello, dispuso la suspensión del proceso donde se ordenaran dichas cautelares (fs. 1429).*



*III.- De la reseña hasta aquí efectuada, resulta fácil advertir la complejidad de la cuestión sometida a decisión, respecto de la cual no existe legislación específica y que ha desatado arduos debates doctrinarios y encendidas polémicas en torno a los escasos precedentes nacionales, varios de este fuero y de la Justicia Federal en lo Civil y Comercial en relación con las medidas cautelares en trámite en casos similares al presente y sólo uno en cuanto a la cuestión de fondo, que se encuentra a dictamen de la Procuración General de la Nación con motivo del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Sala D de esta Cámara.*

*Las posiciones asumidas por las partes en este litigio coinciden, por supuesto, con las dos alternativas extremas en orden a la responsabilidad civil de los buscadores de Internet. A su vez, la accionante fundó su demanda tanto en la existencia de responsabilidad objetiva como subjetiva, lo que nos conduce al análisis de las distintas posibilidades en orden al reclamo resarcitorio, sin olvidar, además, la necesidad de pronunciamiento específico en cuanto a las demás peticiones contenidas en la demanda (art. 278 del Código Procesal).*

#### *IV.- Los agravios de la parte actora*

*La apelante comienza por resaltar que lo cuestionado o pedido en estos obrados, se refiere al contenido propiamente dicho de cada uno de los sitios, [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar) y [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar), los cuales vinculaban su nombre en los resultados de búsqueda, permitiendo identificar y enlazar su nombre con sitios de contenido sexual.*

*Estima que según el sentenciante de grado se encontraban reunidos los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, no obstante lo cual concluyó que la responsabilidad derivada de los contenidos ilegales y lesivos de sus derechos personalísimos es de los titulares de los sitios, y que los accionados demostraron una razonable diligencia en la operación de filtrado, cuando arribaron al conocimiento efectivo de los contenidos ilegales concretamente individualizados en el expediente sobre medidas precautorias.*

*Que, por su parte, ni siquiera esbozó que las*

*accionadas fueran responsables de los contenidos de sitios de terceros, pero sí lo son de los suyos propios, los buscadores son responsables de sus propios contenidos, puesto que arrojan y listan resultados de búsqueda, que permiten identificar el nombre de la accionante, con sitios de contenido sexual, pornográfico, venta de sexo, escorts sexuales, circunstancia ésta no tomada en cuenta al determinar la responsabilidad.*

*Asimismo considera que el sentenciante se apartó de las constancias de la causa, las cuestiones sometidas a debate y de las decisiones tomadas por la Alzada, cuando afirma que las demandadas demostraron una razonable diligencia en la operación de “filtrado” que no es tal, conforme lo que emana de las propias actuaciones sobre medidas cautelares, transcribiendo en su queja, lo resuelto en dicha causa por este Tribunal, con fecha 6 de diciembre de 2010.*

*Sostiene que hasta el día de la fecha se continúa vinculando y enlazando el nombre de la actora con sitios de contenido sexual, permitiendo identificar su nombre a través de los resultados de búsqueda que arrojan ambos buscadores.*

*A continuación desglosa sus planteos del siguiente modo:*

*A) El primer agravio sostiene la arbitrariedad y auto contradicción de la sentencia apelada, señalando que se resolvió una cuestión distinta a la planteada en el inicio, cuando la cuestión debatida giraba en torno: 1) al uso indebido de la imagen de la actora en el sistema de búsqueda por imágenes de las accionadas, en violación a la norma contenida en el art 31 de la ley 11.723. 2) El vínculo y enlace de su nombre con sitios de contenido sexual y pornográfico, en los resultados de búsqueda que ofrecen las accionadas.*

*Sostiene que el decisorio viola el principio de congruencia entre lo decidido y lo oportunamente planteado, pues amén de decidir fuera de lo debatido, apartándose de prueba fundamental a los fines de la decisión final, jamás planteó la responsabilidad de los buscadores sobre el contenido de sitios creados por terceros, que esto nunca fue objeto de*



*cuestionamiento ni de debate.*

*Señala, sin embargo, que sí son absolutamente responsables de los propios contenidos, los que se listan en sus resultados de búsqueda, creados y editados por ellos mismos, al ofrecer a los internautas la búsqueda sugerida. Añade que no puede perderse de vista, el reconocimiento efectuado por las propias demandadas, en el sentido que conocen el contenido de los sitios que indexan en sus portales, como lo afirma la propia pericia efectuada en autos.*

*El Magistrado de grado, si bien consideró reunidos en la especie los cuatro requisitos de la responsabilidad civil, sin embargo concluye que la responsabilidad derivada de los contenidos manifiestamente ilegales y lesivos de los derechos personalísimos de la accionante, era de los titulares de los sitios.*

*A su vez señala que la más cabal prueba de cómo los accionados manejan y resuelven qué información difunden en sus resultados de búsqueda es la ofrecida por la propia demandada con fecha 9/7/2011, cuando informaba que “debido a una petición de la autoridad judicial presentada por tercera parte, relacionados con esta consulta nos hemos visto obligados a suprimir todos o algunos de los resultados de búsqueda específica” señalando que no bloquearon los contenidos de terceros, sino que bloquearon los resultados de búsqueda al solicitarla con el nombre de la accionada, que es precisamente lo cuestionado en autos, recalcando que el propio buscador habla de resultados, no de contenidos de sitios creados por terceros, lo que es prueba elocuente que los demandados pueden determinar, a su voluntad o con los sistemas ideados por ellos mismos, la información que ofrecen en sus resultados de búsqueda.*

*Entiende que la lógica no indica como razonable diligencia incumplir la orden judicial más de tres años y hasta el día de la fecha por parte del demandado Google, que se deba intimar en forma continua para el cumplimiento de órdenes judiciales firmes, conforme surge de las constancias sobre medidas cautelares, lo que diera motivo al aumento de la multa fijada a la suma de pesos mil diarios,*

*precisamente esa falta de diligencia motivó el aumento de la multa en dichas actuaciones, el mismo día que en las presentes se dictó el llamado de autos a sentencia.*

*Asimismo, considera que el sentenciante obvió prueba decisiva, tal como la testimonial del ex director de Google Inc. en Argentina y la brillante pericia informática efectuada en ambas causas, que resultó contundente en cuanto al incumplimiento de la accionada.*

*B) El segundo agravio se refiere al tema de la responsabilidad. Señala que en tanto que el sentenciante reconoció el daño, el hecho humano, la antijuridicidad, y la relación causal, las accionadas debieron ser condenadas por sus propios contenidos, que son los que arrojan sus resultados de búsqueda al colocar en el campo la búsqueda deseada. Ese es el contenido de los sitios [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) y [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar) distintos al contenido de cada uno de los sitios listados y creados por terceros.*

*Considera que de las constancias de autos surge claramente que las demandadas son plenamente responsables, conforme el factor de atribución objetiva previsto por el art. 1113 del Código Civil, por la información que incorporan en sus bases de datos, a través de los motores de búsqueda que utilizan para rastrear Internet y publicar a través de su servicio de búsqueda web. Son ellos quienes idearon, desarrollaron y lucran con los sistemas informáticos que permiten que millones de usuarios busquen y accedan a los resultados de búsqueda que las propias demandadas deciden difundir, sin tomar recaudos ni previsiones para evitar provocar daños, valiéndose de una cosa riesgosa generadora de daños potenciales a terceros ajenos a su actividad comercial.*

*Señala que la pericia producida en autos se desprende en forma rotunda que los buscadores están en condiciones de controlar los contenidos que publican como resultados de sus búsquedas, teniendo entonces pleno control sobre las herramientas informáticas que han creado, y que por lo tanto deben ser responsables por los daños generados con dicha actividad.*

*Indica que la pericia informática demuestra claramente que las demandadas deciden qué contenidos indexan en sus sistemas, cuáles deciden incluir, en qué lugar de la lista de resultados incluyen cada uno, por lo tanto tienen conocimiento de los resultados de las búsquedas que realizan los usuarios, no sólo porque los incorporan a sus bases de datos sino también porque incluso los conservan a través de la búsqueda en “cache”.*

*Señala que el mecanismo que utilizan las accionadas requiere en una primera instancia de la sistematización y facilitación de la información de la web, y esta actividad opera como antecedente de su efecto consecuente, que es la potenciación de la información, donde se concreta o termina de concretarse la antijuridicidad de su actividad como difusor de los contenidos dañosos, o del lugar donde se hallan tales contenidos, comprometiéndolas 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 posibilita la demandada. El daño causado directamente por el proveedor del contenido ilícito es potenciado por el divulgador que se sirve de aquél para su aprovechamiento económico.*

*Que no cabe duda que “causan” daños a través de los resultados de búsqueda que ofrecen sus buscadores, los “amplían” con los contenidos lesivos de derechos de la persona humana provenientes de los sitios de terceros, en tanto se aprovechan de esa facilitación de contenidos, por el carácter de la misma actividad que desarrollan al repotenciarlos, ocasionando también daños.*

*Señala que es claro que los buscadores de las demandadas son los creadores y editores de los resultados de búsqueda que ofrecen, siendo verdaderos facilitadores de daños, a partir de la extracción y posterior almacenamiento, clasificación e indexación de información, permitiendo el acceso de los usuarios finales a determinados contenidos que han sido encontrados en Internet, por lo tanto el criterio que debe adoptarse para atribuir la responsabilidad no debe basarse sólo en la demostración que han actuado con dolo o culpa (art.*

*1109 Cód. Civil) sino también en el reconocimiento que el negocio que realizan implica un riesgo, y como tal deben responder por el daño causado (art. 1113 del mismo código), atento que la informática es una actividad potencialmente peligrosa, lo que implica una natural aptitud de generar daños de toda índole.*

*Ambas demandadas poseen facultades de dirección sobres sus web sites, sus propios contenidos, lo que demuestra que están en condiciones técnicas organizativas y de control de los contenidos que difunden y los creados por terceros, lo que queda reservado a su total voluntad y discreción.*

*Señala la quejosa que luego de dictada la medida cautelar y sus ampliaciones, las que fueran confirmadas por este tribunal, y aplicada la correspondiente multa, la accionada Yahoo, procedió a eliminar los resultados difundidos en su buscador cuestionados por la accionante sin que ello haya afectado su sistema de búsquedas.*

*Por el contrario, Google no ha cumplido la orden cautelar, continúa con la difusión de cualquier imagen de la actora en su sistema de búsquedas por imágenes, a pesar de no contar con su consentimiento, además de incumplir la orden de vincular, enlazar e identificar su nombre con sitios de contenido sexual y pornográfico en sus resultados de búsqueda web, hasta el día de la fecha, lo que es demostrativo de su conducta sumamente negligente, al contrario de lo sostenido por el sentenciante.*

*Esta conducta asumida por cada una de las demandadas, podrá repercutir en la cuantificación del daño causado, pero no en la atribución de responsabilidad, ya que la misma surge de la actividad misma de las súper profesionalizadas empresas demandadas.*

*Finalmente señala que conforme el argumento utilizado por el a quo, se debió condenar a las accionadas, ya que acreditados los daños ocasionados, y los presupuestos de la responsabilidad, son responsables de sus propios contenidos, los que arrojan los resultados de búsqueda en sus propios sitios.*

C) El tercer agravio se refiere a la inexistencia del art. 15 en el proyecto de ley Pinedo, al que hace expresa referencia la sentencia recurrida, señalando asimismo que no es una fuente de derecho, al no resultar ley sino sólo un proyecto.

D) En cuarto lugar, se agravia en relación al uso indebido de las imágenes, pues señala que el sentenciante luego de afirmar que las accionadas ejercen un negocio comercial el que además hacen público, concluye que no se probó el uso comercial de las imágenes reproducidas en el sistema de búsqueda por imágenes, siendo claro que si las accionadas son empresas comerciales que lucran con sus servicios el uso comercial va de suyo.

En cuanto al argumento utilizado y no tenido en cuenta al momento de dictar la ampliación de la orden cautelar respecto de la búsqueda por imágenes, fue que es de libre la publicación del retrato fotográfico cuando se relaciona con fines culturales o con acontecimientos que se hubieran desarrollado al público, señalando que es preocupante que se piense que la difusión y reproducción de la imagen de la accionante se encuentre amparado en fines culturales que no son tales pues las accionadas ejercen el comercio y así lo reconoce expresamente el sentenciante en su fallo, tampoco con acontecimientos públicos ni con la aplicación del “uso honrado” y “fair use” que no resulta aplicable al caso.

Que es obvio que siendo la actora una actriz profesional el accionar de las demandadas determinó un claro daño material, desde que permitió a los usuarios de Yahoo y Google tener acceso gratuito por algo que normalmente debería haber pagado, lo que es más grave permitir su impresión además de reproducir las imágenes en su sistema de búsquedas por imágenes.

Es indudable que el aprovechamiento gratuito de las imágenes de una modelo y actriz constituyen un ilícito, desde que esa imagen profesional se encuentra jurídicamente garantizada, circunstancia ésta desconocida por el sentenciante, la accionante jamás autorizó el uso de la imagen por parte de los buscadores accionados y mucho menos para los sitios de terceros, de donde las accionadas afirman

las obtuvieron, equivocando el a quo el tratamiento de la norma contenida en el art 31 de la ley 11723 pues ésta prohíbe en forma expresa la publicación sin consentimiento.

Es claro que los terceros no podrán aprovechar económicamente la imagen de una persona determinada, pero tampoco podrán apropiarse de ésta mediante captaciones que no han sido consentidas en forma alguna por el titular del derecho a la imagen, y esta apropiación por parte de ambos buscadores ha sido hecha con la finalidad de lucrar con el mayor tráfico de usuarios o internautas a través de la búsqueda por imágenes.

Ambos demandados de dicha forma se valen de derechos y creaciones de terceros, para lucrar con imágenes y fotografías de propiedad de terceros, como así lo reconocen en sus condiciones de servicio.

Los límites a la extensión del derecho a la imagen vinculados con la satisfacción de intereses públicos o sociales que ensayan como defensa, y sostenido en el fallo, son excepciones al principio de la necesidad de consentimiento expreso y para determinada publicación. La verdadera naturaleza del conflicto de intereses contenido en el art 31 de la ley 11723 no permite atribuir indebidos privilegios o ventajas a intereses particulares patrimoniales en detrimento del titular de la imagen.

Respecto del uso honrado “fair use” e intentar equiparlo al “derecho de cita” (art. 10 de la ley 11.723) carece de asidero, pues la difusión no autorizada de fotografías de la actora bajo fin didáctico o científico no puede justificarse en el caso, pues la norma sólo justifica el derecho de cita para publicar críticas o notas referentes a obras intelectuales, literarias musicales etc., cosa que no realiza el buscador de imágenes como tampoco resulta aplicables pues no se contempla el uso de fotografías o imágenes fotográficas por lo tanto entiende que lo afirmado por el sentenciante resulta contradictorio y contrario a la normativa legal aplicable.

En cuanto a la libertad de expresión de Internet señala la quejosa luego de distinguir los conceptos



*entre libertad de prensa y libertad de expresión, esta última encuentra marcados y estrictos límites pero amen que no fueron alegadas por las accionadas en sus contestaciones respectivas, la cuestión debatida en autos nada tiene que ver con la libertad de expresión.*

*E) El quinto agravio se relaciona con la afirmación del sentenciante en relación a que la incontestación de la demanda por parte de Google, no importa necesariamente el derecho del actor a obtener lo reclamado, lo que debe ser avalado por prueba corroborante.*

*En relación a ello señala que los elementos de prueba arrojados a la causa no dejan dudas sobre la responsabilidad de los accionados, ya que el mismo sentenciante afirma que la sola posibilidad que el nombre e imagen de la actora pueda asociarse a páginas de contenidos sexuales con sólo incluir su nombre en los buscadores de los demandados, y por imágenes, es suficiente para lesionar todos los derechos involucrados y acredita la existencia del daño.*

*Que cabe por tener comprobada la relación de causalidad entre el daño producido y el contenido ilegal, deshonroso e inmoral de las páginas cuestionadas, y la actividad que despliegan las demandadas porque sin ellas el acceso a los sitios sería infinitamente menor.*

*Tiene entonces por acreditada la actividad potenciadora de daños, afirma que la responsabilidad debe ser juzgada conforme la responsabilidad de naturaleza subjetiva y la desarrolla para luego describir la prueba producida, pero concluye que la responsabilidad derivada de los contenidos manifiestamente ilegales de los derechos personalísimos de la accionante, es de los titulares de las páginas, cuando ello no fue objeto de debate.*

*F) Finalmente y como sexto agravio, se refiere a la diferencia entre los sitios [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) y [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar) y el contenido de los sitios de terceros.*

*Señala la quejosa la distinción entre los contenidos del sitio de las demandadas con los listados que*

*aparecen en los resultados de búsqueda, los contenidos de estos últimos no fue la cuestión debatida en las presentes actuaciones. Señala que las accionadas dan ejemplos sobre la supuesta forma en que funcionan los buscadores, a los fines de eximirse de responsabilidad, uno de ellos es la del “cartero” legando que se tratan de un simple mensajero, pero aclaran que el mensajero no emite opinión sobre lo que entrega, como sí lo hacen los buscadores accionados, en sus resultados de búsqueda.*

*El buscador en los párrafos de descripción, de cada uno de los sitios que ofrece en su resultados de búsqueda, realiza una descripción de los sitios, brinda contenidos en sus resultados a través de párrafos de descripción, lo que constituye el propio contenido del buscador y en forma alguna puede ser tomado como la tarea de un cartero o asimilado a fichas de bibliotecas, precisamente el contenido del sitio de las accionadas, es distinto al contenido de los sitios de terceros, y precisamente por ello debieron ser condenadas, por sus propios contenidos, los que ofrecen en los párrafos de descripción de sus resultados de búsqueda.*

*En virtud de ello, solicita se revoque la sentencia apelada con costas, haciendo reserva del caso federal.*

*V.- Las contestaciones de los respectivos traslados evidencian similares, aunque no idénticos argumentos.*

*A) A fs. 1952/1977 la demandada Google Inc. señala como contradictoria y falsa la postura de la actora, ya que cuando alega que no cuestiona los contenidos de los sitios a los que accede a través de los buscadores, está cambiando su discurso, en violación al principio de congruencia, pues la pretensión de que se eliminen los contenidos de páginas de terceros, sí fue objeto de su demanda cuando solicitó la ampliación de las medias cautelares a los terceros responsables de los sitios web a quienes luego optó por no demandar.*

*Señala que Google no publica, selecciona ni edita contenidos, mucho menos efectúa esas operaciones en forma manual, sino que forma parte*



*de un proceso automatizado que permite brindar al usuario la mayor y mejor cantidad de resultados en el menor tiempo posible.*

*Los denominados “snippets” no son contenidos de los buscadores, sino un breve extracto tomado de los sitios web de terceros, y que sirven de ayuda a los usuarios para identificar mejor el contenido de su preferencia. Que no puede derivarse daño alguno al honor o intimidad de una persona lo que pueda aparecer en dicho párrafo, que muchas veces contiene palabras sueltas sin sentido sintáctico, señalando que fue la parte actora quién forzó esa vinculación agregando a su nombre la palabra “sexo” y que en ningún párrafo surge que la actriz es pornográfica o ejerce el comercio sexual, en la mayoría de los mismos se hace referencia a escenas de distintos programas de ficción protagonizados por la actora, y para tener cabal idea de que se trata cada enlace se debe hacer click e ingresar al sitio, pues Google sólo ofrece un servicio de búsqueda y no publica contenidos.*

*En el caso señalado por la actora Google no hace más que informar al usuario un breve fragmento del contenido del sitio de tercero, que en este caso reproduce un video con una escena de sexo protagonizada por la actriz para la TV y si quería que su trabajo no se reproduzca en este tipo de sitios debe individualizar el URL ([http://www.pornopais.com/view/777 Paola-Krum-cogiendo-desnuda.htm](http://www.pornopais.com/view/777_Paola-Krum-cogiendo-desnuda.htm)) no <http://www.pornopais.com> y Google bloqueará sus resultados.*

*La actora nunca colaboró identificando el material supuestamente dañoso y su ubicación, sino que pretendió que Google ejerciera una suerte de control previo permanente y que eliminara a su sola discreción ese tipo de contenidos.*

*Sostiene que otra falacia es decir que Google conoce previamente los contenidos de los billones de sitios web que existen en Internet porque los indexa y clasifica según las palabras que contiene cada sitio. Los robots de Google si bien leen y analizan páginas no las comprenden como un ser humano, la ciencia informática utiliza operadores binarios.*

*Otro falaz argumento es decir que los buscadores controlan los resultados porque Yahoo procedió a bloquear todo resultado que aparecía al ingresar el nombre de ciertos reclamantes, pero lo que hizo Yahoo fue bloquear todo resultado de cualquier tipo en un caso de autocensura sin precedentes con el único fin de escapar a los astreintes.*

*En relación a la responsabilidad de los buscadores de Internet, sostiene que aplicar un factor de atribución objetivo no sería otra cosa que la desaparición de los buscadores al menos en la forma que operan actualmente, y que los obligaría a asumir un rol de censores privados, lo cual riñe con las garantías constitucionales, afectando derechos constitucionales de terceros como el acceso a la información, de publicar ideas en la prensa en forma libre y hasta el buen nombre y honor.*

*Refiere la errónea posición doctrinaria del Dr. Borda (h) según la cual la actividad de los buscadores es ilícita porque repotencian los daños que generan terceros, y sostiene que el hecho de ser condición para la existencia de un supuesto hecho dañoso no importa crear una relación de causalidad jurídicamente relevante entre hecho y condición.*

*No es posible imputar responsabilidad por la forma en que funcionan los buscadores web, su obrar no es ilícito y no hay entre su obrar y el supuesto daño una relación de causalidad adecuada y natural de que toda búsqueda resulte un hecho ilícito ni es altamente probable que ello suceda.*

*En relación al daño material por el uso comercial de la imagen de la actora, señala que la accionante no probó el valor comercial de su imagen, en la hipótesis que ésta tuviera un valor comercial, y si alguien publica una foto sin pagar por ella, es el titular de la página web, no Google que provee un índice que permite ubicar sitios de terceros.*

*Los buscadores tienen funcionamiento y finalidades distintas, por lo que no cabe juzgarlos con los criterios establecidos respecto al uso de imágenes en diarios, revistas y programas de TV.*

*Tampoco se ha demostrado que los buscadores Google hayan obtenido ganancia o lucro con la supuesta difusión de la imagen de la actora,*

*señalando que las imágenes que brinda el buscador son “thumbnails” (uña de pulgar) de pequeño tamaño y muy baja resolución sin valor comercial, a cuyo pie se indica la dirección URL de la página de Internet que contiene la imagen original.*

*De ello se desprende que no se pretende usar la imagen para ningún otro fin que el ayudar al usuario a encontrar la información que está buscando, es una vía de referencia a imágenes publicadas por terceros haciendo notar que no hay ningún aprovechamiento económico en esa actividad, por lo que no puede considerarse que Google ponga en el comercio la imagen de la actora conforme lo sostiene en una irrazonable interpretación del art 31 de la ley 11723, donde el consentimiento allí previsto no resulta exigible en el caso, siendo libre la publicación de thumbnails, amen que se encuentra probado que el buscador por imágenes es gratuito y que no hay publicidad de ningún tipo.*

*No existe uso comercial de la imagen de la actora sino sólo un servicio de referencia en base a imágenes de pequeño tamaño y resolución el cual queda amparado en las excepciones al art 31 de la ley 11.723 y en el art. 10 del “Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas”, aprobado por la ley 25.140 y que goza de status jurídico superior a las leyes (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).*

*B) A fs. 1980/1996 contesta agravios Yahoo!, señalando que su argumento defensivo, tal como fue expuesto en el alegato, es que la actividad general de los buscadores es lícita, porque es lícito el informar cuales son las URLs que contienen la palabra buscada, como es lícito hacerlo transcribiendo palabras extraídas textualmente de la URL informada.*

*Yahoo informa y lo hace de manera automática y al proporcionar esa información no violó derecho alguno de la actora, porque la accionante no tiene derecho a que los buscadores dejen de funcionar automáticamente. El sentimiento o imagen pública de la actora, “no prevalece por sobre el derecho de mi mandante de informar las URLs de terceros” que contienen las palabras buscadas por los internautas, y de hacerlo transcribiendo palabras de las mismas.*

*Refiere sobre el derecho a informar la existencia de URLs, la existencia de la ley 26.032 y sobre la licitud del derecho a informar el decreto 554/97.*

*Reitera que no es posible un software que en forma automática, precisa y absoluta, hiciera las veces de filtro semántico, que identificara cuales URLs de terceros cumplen con la doble condición de tener texto ilegal, injurioso o falso, mencionar personas que puedan ser perjudicadas por dicha ilegalidad, pero que a su vez no bloquee URLs de terceros que mencionen a la persona y que tengan escritas palabras con las cuales se ha querido bloquear a los sitios que no se desean.*

*Señala que al indicar la fuente de la cual extracta las palabras que reproduce cuando indica la existencia de una URL (fuente que no es ni más ni menos que la misma URL cuya existencia informa) se satisface la doctrina que la C. S. sentó en los autos “Campillay” [Fallo en extenso: elDial.com - AA5C9] del 15/5/1986.*

*El obrar de Yahoo, entonces, ha consistido en informar y en reproducir palabras que fueron atribuidas directamente a su fuente, con lo cual no se violó derecho alguno de la actora ni prohibición legal alguna que exista respecto del tipo de información que pueda brindar al público.*

*Finalmente, señala que Yahoo no informa URL alguna ante búsquedas que incluyan en nombre de la actora, como cumplimiento de la medida cautelar, lo que no significa que haya bloqueado todas las URLs que contengan las palabras “Paola” y “Krum” porque tales URLs seguirán siendo informadas ante búsquedas con otras palabras.*

*En cuanto a la coherencia de la sentencia de primera instancia, considera que es una falacia rotular como contenidos propios de los buscadores a las palabras que los buscadores tienen escritas arriba de cada dirección de URL ya que como ha explicitado la pericia son extractadas textualmente de las URLs informadas.*

*No son descripciones o palabras redactadas, creadas, editadas por los buscadores, por ello la sentencia bien dice que no son contenidos propios y también que lo que se juzga en estos autos es la*

*responsabilidad de los buscadores por contenidos de terceros.*

*En cuanto al agravio que no ha sido diligente en el cumplimiento de la medida cautelar, debe ser descartado, pues la propia actora reconoció en el expediente de medidas cautelares que la actitud adoptada (auto bloquearse y no informar URL alguno ante búsquedas que incluyeran el nombre de la actora) alcanzaba para tener por cumplida la cautelar.*

*El despliegue de tal actividad ha respondido al hecho de no verse expuesta a la aplicación de astreintes ante la imposibilidad de dar cumplimiento con la medida cautelar dictada en autos atento su amplitud y falta de precisión.*

*Destaca que la tres Salas de la Cámara Federal Civil y Comercial exigen a las reclamantes que identifiquen cuáles URLs consideran lesivas, porque han entendido que no hay filtro automático e infalible que discierna cuáles URLs son lesivas al sentimiento de cada reclamante y cuáles no.*

*En este entendimiento el a quo consideró las dificultades que tuvo Google respecto de la cautelar dictada, que no identificaba URLs precisos, sino que indicaba ciertos sitios en forma genérica, lo que justifico considerarla diligente.*

*En relación con la falta de responsabilidad por los contenidos de sitios de terceros, afirma que aun cuando informe la existencia de dichos sitios, en modo alguno es responsable de los contenidos, pues no publica ni modifica contenido alguno, se limita a informar la existencia de ciertas URLs ante búsquedas realizadas con ciertos términos.*

*Lo dictaminado por la pericia resulta contundente para descartar lo manifestado por la actora: que Yahoo! generaría su propio contenido, por cuanto la pericia ha establecido que esta accionada no conoce en modo algún el contenido de los sitios de terceros, siendo que las búsquedas de los términos introducidos por los usuarios se realizan en forma automática.*

*Ante la insistencia de la apelante en cuanto a que se configuraría el factor de atribución objetivo de*

*responsabilidad previsto en el art 1113 del Código Civil, estima que no existe “riesgo” alguno en la actividad desplegada, toda vez que el servicio que presta no constituye un medio para dañar, pues se limita a informar la existencia de determinadas URLs que son las que, podrían tener contenido que produzca daño a terceros.*

*No hay actividad antijurídica en el simple hecho de informar y por ello no puede imputársele responsabilidad objetiva, siendo que su responsabilidad se limitará -llegado el caso- a la demostración de que ha actuado con culpa o dolo ante la falta de aplicación de las medidas pertinentes una vez que ha tomado “conocimiento efectivo” mediante una orden judicial del supuesto contenido dañoso en los sitios de terceros.*

*Considera que yerra la actora al señalar que debe responsabilizarse por la actividad riesgosa, que despliega sin ningún tipo de control posterior. Entiende que en efecto el control posterior existe como tal, y no es más que el cese de la información de determinadas URLs al que debe proceder ante la toma de conocimiento efectivo, mediante resolución judicial, de un sitio que posee contenido dañoso para la peticionante de la medida.*

*Imponer a los buscadores la obligación de controlar y llegado el caso de suprimir los contenidos propios (como los llama la actora) implicaría un fragante atentado a la libertad de expresión estableciendo un inaudito sistema de censura previa, lo cual claramente sería contrario a la normativa constitucional y tratados internacionales.*

*En cuanto a las imágenes que motivan el reproche de la actora, son simplemente miniaturas (thumbnails) con el objeto de informar a los internautas que tales y cuales sitios contienen las imágenes correspondientes a dichos thumbnails, su tamaño y bajísima resolución las torna ineficaces para cualquier otro fin que no sea el informar los sitios que las contienen.*

*Señala que informó a los internautas que los sitios [www.gatopardo.com/noticia.php?nt=1349](http://www.gatopardo.com/noticia.php?nt=1349), [www.network54.com/Forum](http://www.network54.com/Forum) y [www.cinenacional.com?id=11544](http://www.cinenacional.com?id=11544), contenían las imágenes*



*correspondientes a los thumbnails que lucen a fs. 188 y 190 de las medidas cautelares. Desde este punto de visa informó hechos que ya eran públicos, por cuanto los thumbnails reproducidos correspondían a imágenes tomadas con el consentimiento de la actora, que ya eran públicas por estar publicadas en tales sitios de terceros y que se refieren a la actividad profesional desarrollada por la actora. Esas imágenes en ningún caso pertenecen y/o asocian a la actora con sitios de contenido pornográfico.*

*El hecho que se hayan informado hechos públicos y se hayan reproducido en thumbnails imágenes que ya eran públicas (por estar alojadas en tales sitios) no configura un caso de puesta en comercio. En todo caso cabría decir que tales imágenes habían sido puestas en el comercio por parte de los titulares de esos sitios.*

*Además señala que se aplica al caso el criterio jurisprudencial del uso honrado, llamado fair use, (receptado por la Convención de Berna) que permite el uso limitado de material protegido sin necesitar permiso del dueño de dichos derechos por ejemplo para uso académico o informativo.*

*Desde el momento en el cual un sitio de Internet publica una foto, esa fotografía se convierte en pública, y conforme la propia naturaleza de Internet libremente accesible para cualquier usuario (igual que cuando un medio gráfico publica una foto). La tecnología que permite bajar fotos existentes en sitios de terceros está disponible y la accionada no es creador ni distribuidor de dicha tecnología.*

*Es ilógico sostener que ha puesto en el comercio la imagen de la actora por el solo hecho de informar a sus usuarios las miniaturas que terceros publicaron, es un supuesto de publicación libre de retratos establecida en el art 31 de la ley 11723. Nuestra normativa prevé que tal prohibición no es tal cuando se reproduzca la imagen para informar hechos públicos, y tampoco reprodujo la imagen con propósito comercial o lucrativo.*

*Los ingresos en modo alguno derivan de la reproducción de miniaturas de imágenes de la actora o de terceros, sus ganancias no derivan del tráfico que se produce en Internet entre el usuario*

*que busca información y la empresa que la sube. Cita jurisprudencia nacional y extranjera.*

*En cuanto a la pretensa diferenciación de contenidos, entiende que pretende la actora introducir una especie de hecho nuevo, a fin de reencausar su reclamo, al insistir con el supuesto contenido de los demandados, esto no es tal, pues lo informado por los buscadores no constituye contenido propio, sino que se trata del contenido de los sitios de terceros respecto de los cuales informa su existencia en relación a los términos de búsqueda de que se trate.*

*VI.- A fin de resolver las cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal, resulta necesario en primer término efectuar una reseña de la prueba colectada en las actuaciones tramitadas entre las partes, y de las posiciones asumidas en cada uno de los expedientes.*

*A) Expte. N° 60.115/2006: “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ medidas precautorias”*

*1) La aquí accionante promovió inicialmente un expediente requiriendo el dictado de una medida cautelar innovativa con carácter urgente “que ordene en forma inmediata la eliminación de mi nombre y fotografías que me vinculan con los sitios [www.argenchicas.com](http://www.argenchicas.com); [www.argentinasm-famosas.com.ar](http://www.argentinasm-famosas.com.ar) y [www.famosasyactrices.com](http://www.famosasyactrices.com)., a los que se accede a través de los servidores y portales [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar) y [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar)”.*

*Sostuvo entonces que la red de Internet es constantemente explorada por empresas como Yahoo y Google para indexar en las bases de datos que respaldan sus buscadores nuevos sitios como herramientas de búsqueda como son los web sites de los demandados. En ocasiones los mismos usuarios pueden recomendar a los buscadores la inclusión de sitios web en determinadas categorías, en esos casos una vez que el usuario envía la información los buscadores suelen incluir las páginas web remitidas sin participación personal de sus empleados sino que, por el propio esquema generado por dichas empresas, para poder incluir más cantidad de sitios de Internet en sus bases de datos y a mayor velocidad, para agregar nuevos*



sitios en sus sistemas se valen del uso de software que les permite realizar dicha tarea en forma automática.

A tal fin en el sector a través del cual permiten a los usuarios publicar sus sitios informan:

“En Google agregamos nuevos sitios a nuestro índice y los actualizamos cada vez que exploramos la web, por ello lo invitamos a que nos envíe su URL aquí, no agregamos a nuestro índice todas las URLs que recibimos y no podemos hacer ninguna predicción ni darle ninguna garantía acerca de cuándo o si efectivamente aparecerá. Por favor ingrese su URL completa incluyendo el prefijo <http://>. También puede agregar comentarios o palabras clave que describan el contenido de su página, esto sólo se usa para nuestra información y no influye en como Google la indexara o utilizará.

“El objetivo de Yahoo search es descubrir y clasificar todo el contenido disponible en la web, para proporcionar la mejor experiencia de búsqueda a los usuarios. El Índice de Yahoo search que contiene varios miles de millones de páginas web se alimenta en un 99% del proceso de visita gratuita del motor de búsqueda. Yahoo también ofrece varias formas para que los proveedores de contenido sugieran páginas Web y contenido directamente al índice de Yahoo search y la guía de sitios de Yahoo”.

La mencionada práctica es usual en los sectores de las páginas web de las empresas mencionadas, en el que informan sus condiciones o términos de uso, e informan que la páginas web propuestas por los usuarios para su inclusión en los buscadores pueden ser sometidas a evaluación y clasificación por parte del buscador, elemento significativo al efecto de la responsabilidad en lo tocante a los resultados de búsquedas.

Además se reservan la facultad de excluir o dar de baja cualquier sitio web indexado, lo que hacen fundamentalmente cuando el sitio no es funcional por dejarse de usar por un período de tiempo indeterminado-pues ningún buscador precisa para ello una cifra exacta trayendo consigo su exclusión forzosa.

Existe la posibilidad de que se elimine por solicitud

del interesado, lo cual podrá hacerse solo bajo anuencia del buscador pero sin garantía de éxito, pues únicamente mediante prevenciones tomadas por el administrador de la web se podrá evitar que las herramientas de búsqueda lo detecten y lo indexen nuevamente.

De este modo es casi imposible mantener un servidor web en secreto, pues basta con que se siga un vínculo desde éste hacia otro servidor para que Googlebot u otros robots exploradores lo encuentren.

2) A fs. 74/75 con fecha 24 de octubre de 2006 el magistrado de primera instancia dispuso “decrétase la medida cautelar innovativa a los fines que Yahoo de Argentina SRL, Google Inc., como así también los sitios [www.argenchicas.com](http://www.argenchicas.com), [www.argentinas-famosas.com.ar](http://www.argentinas-famosas.com.ar), y [www.famosasyactrices.com](http://www.famosasyactrices.com)”, procedan a eliminar la totalidad de las páginas de contenido sexual de oferta de sexo y de servicios de acompañantes que se vinculan con la demandante Andrea Paola Krum, ello dentro del tercer día de notificados de la presente”. Esta resolución fue notificada a ambas accionadas el 13 de Noviembre de 2006.

3) A fs. 155/159 obra la primera presentación de Google en la que expresa que no resulta posible proceder a la eliminación sino al bloqueo de cierta información, tal bloqueo no puede hacerse por sitio sino conociendo cada URL (uniform resource locator). Acompaña como anexo II listado que contiene URL de los sitios de Internet aludidos en la providencia del 24 de octubre de 2006 que ha identificado y logrado bloquear.

Explica que no resulta posible eliminar el contenido de los sitios que no pertenecen a Google, sino a terceros que administran, editan y explotan dichos sitios web sin ninguna injerencia de su parte, ni tampoco bloquear el nombre de la actora en páginas de contenido sexual, de oferta de sexo y servicio de acompañantes, por resultar dicho objeto vago y extremadamente amplio.

Como las URLs bloqueadas del motor de Google no le pertenecen, el cumplimiento del bloqueo requerido no impedirá que ningún usuario de Internet ingrese

directamente a tales URLs, sin usar Google como buscador.

No resulta cierto afirmar que a los sitios identificados en la providencia del 24 de octubre de 2006 se acceda a través de Google, cualquier interesado podrá acceder a dichos sitios en forma directa y con total independencia de la utilización de sus servicios.

En primer término argumenta que Google no es un facilitador de acceso ni tiene ninguna injerencia en el ingreso del criterio de búsqueda (denominado comúnmente “Keyword”) que realiza el usuario, muchísimo menos respecto al contenido de las páginas que coinciden con tal criterio de búsqueda. El proceso de búsqueda se realiza por intermedio de un software altamente complejo que trabaja en función de algoritmos vinculándolos con la combinación de las palabras clave ingresadas por el usuario, lo que fue reconocido expresamente por la actora en la demanda pág. 9 párrafo 2).

Por otra parte, precisa que no ejecuta sus búsquedas en todas las páginas existentes en Internet, sino en aquellas que constituyen su índice. Dicho índice se compone tanto de la inclusión voluntaria de páginas por los administradores de ciertos sitios, “como por la búsqueda que el software de mi representada realiza de las muchísimas páginas existentes en Internet”.

Así cuando dicho software explora los billones de páginas de Internet no son lo suficientemente sofisticados para reconocer palabras, frases, imágenes, etc., esta actividad es desarrollada por máquinas, no seres humanos y la Tecnología de las mismas no les permite reconocer el contenido de las páginas indexadas.

Sin embargo, una vez que determinado contenido “ofensivo” es llevado a conocimiento de su parte, “podemos bloquearlo de aparecer en los resultados de búsqueda” lo que no impide que tales contenidos que ya no pueden ser vistos desde Google sigan siendo indexados por el software que ejecuta la búsqueda en los índices. Por ello, aun eliminando el resultado del buscador de Google nada impide que cualquier usuario siga accediendo libremente

al sitio web cuyo contenido considera ofensivo, este sitio ya no pertenece a Google.

Dicho en otros términos, “Google no conoce qué está siendo indexado por el software que realiza las búsquedas, hasta tanto una persona analiza la página en cuestión con ojos humanos, por tal razón la carga de llamar la atención sobre cualquier posible contenido ofensivo ha de colocarse en quien así lo alega”.

Por eso hasta tanto dichas URLs sean reconocidas por la interesada no resulta posible bloquear URL alguna del resultado de búsqueda. Su parte ha debido realizar una búsqueda de aquellas URL que a su criterio se encontraban en las páginas web señaladas en la providencia del 24 de octubre de 2006, para cumplimentar en cuanto estuvo a su alcance la medida cautelar.

No resulta posible sin la previa notificación de la interesada, determinar cuál es la información a excluir, del mismo modo no hay norma alguna que imponga Google un patrullaje permanente de Internet, bloqueando en su motor de búsqueda el acceso a información ingresada por terceros, mediante parámetros desconocidos y a su propio criterio y decisión (que inclusive podría ser contraria a la de la propia interesada)./-

Finalmente, asevera que resulta falso sostener que ha hecho uso del nombre y/o imagen de la actora, “que el nombre, fotografía y/o imágenes hayan sido utilizados por Google y menos aún en Google”.

4) A fs. 167 Yahoo! manifiesta que ha cumplido con la cautelar ordenada de manera tal que ha eliminado la localización por medio de su servicio de buscador de sitios a los tres sitios referidos, en la resolución citada.

Por otra parte, apela tal decisorio y a fs. 172/175 funda su recurso, señalando que Yahoo! en modo alguno crea, respalda o avala los contenidos de los sitios que aparecen listados en sus resultados de búsqueda, no tiene control o conocimiento sobre los mismos o sus contenidos, y tampoco provee el acceso a esos sitios pues se puede acceder en forma independiente al uso del buscador, por medio de otros buscadores o por acceso directo al sitio en

*cuestión. Yahoo simplemente se limita a ofrecer una herramienta de localización de sitios y contenidos de terceros.*

*Afirma que en autos no se ha determinado el carácter ilícito de ninguno de los sitios cuestionados, por lo que los mismos bien podrían encontrarse ofreciendo contenidos e información lícita y legal y se ha obligado a su parte a tomar una medida que implica el impedir a sus usuarios el acceso a información pública y probablemente lícita obrante en la World Wide Web, máxime cuando existe una norma legal (ley 26.032) que prescribe la garantía constitucional de la libertad de expresión de la cual gozan los contenidos que divulgan a través de Internet.*

*Cuestiona que se la haya obligado “a excluir para siempre de sus resultados a varios sitios cuyos contenidos no han sido declarado ilícitos cuando la actora bien podría haber accionado contra los sitios por ella cuestionados, y así lograr que sean excluidos de toda la Internet sin afectar los resultados de búsqueda de mi mandante”.*

*La vinculación al nombre de la actora con éstos y el acceso de los usuarios a esos contenidos igual continuará estando activa y disponible desde otros buscadores y desde los propios sitios.*

*La medida dictada es -a su criterio- ineficaz, porque el daño que la actora alega se encuentra sufriendo se hubiese subsanado con el solo dictado de una orden judicial que obligue a los sitios referidos a eliminar de los mismos toda mención a su nombre o imágenes.*

*Lo que se pretende demostrar es que el remedio para que dichas menciones o imágenes desaparezcan no es dictar una medida cautelar contra Yahoo!, sino que la medida debe ser dictada contra los propietarios de los sitios respectivos que son los únicos que habrían publicado nombres o imágenes de la reclamante sin su debida autorización y los únicos que pueden hacer desaparecer de “toda” Internet las menciones no autorizadas, incluyendo obviamente al buscador.*

*Por el contrario, al haber cumplido solo Yahoo! con la cautelar dictada, no sólo la actora no ve satisfecha*

*su pretensión, sino que se obligó a la empresa “a adoptar una medida técnica excesiva” que causa gravamen a su derecho a proveer información pública de terceros completa a sus usuarios, como así también a los usuarios al impedirsele localizar contenidos públicos (que no han sido clasificados como ilícitos) disponibles en Internet, y a los propietarios de los sitios eliminados.*

*5) Al contestar la actora el traslado que le fuera conferido (fs. 202/210), sostiene que toda la explicación y la mención que hace Google en su escrito al concepto de URL resulta totalmente intrascendente a los fines de esta acción, toda vez que lo que se requiere es que la codemandada deje de vincular el nombre de la accionante con determinados sitios de Internet sea cual fuera la URLs específica.*

*Reconoce lo afirmado por Google en cuanto a que las URLs bloqueadas de su motor de búsqueda pertenecen a terceros que administran, editan y explotan dichos sitios sin ninguna injerencia de su parte, y aun estando bloqueadas ello no impediría que un usuario de Internet ingrese directamente a tales URLs sin usar Google como buscador, precisando que lo que pretende es que la accionada no publique ningún resultado de búsqueda que la vincule con dichos sitios, y la única forma de hacerlo no es efectuando “el bloqueo” sino que además de bloquear dichos sitios web y URLs debe eliminar de sus bases de datos los algoritmos que permiten que cada vez que un usuario ingrese el nombre de Paola Krum aparezcan listadas las páginas web y la URLs identificadas en el escrito de inicio, resultado que sólo se produce con motivo de la inclusión de dicha información en las bases de datos de la empresas demandada.*

*Remarca que la inclusión en sus propias bases de datos del contenido de las páginas web que las codemandadas publican en sus buscadores es tan obvia que aun luego de que determinada página de Internet deja de existir los propios buscadores permiten ver su contenido a través de la función búsqueda en “cache”.*

*De lo expuesto se desprende que la codemandada de una forma u otra tiene conocimiento de los*



*contenidos que publica, no sólo porque los incorpora en su propia base de datos, sino también porque incluso los conserva durante un plazo mayor al de su propia existencia, facilitando el acceso de millones de usuarios a través de la gran difusión que tienen en todo el mundo. Y si no lo controlan es parte de su propio negocio y como tal deben asumir los riesgos que su decisión empresarial trae aparejados.*

*Refiriéndose a los “Términos y condiciones de uso” del web site que contiene el buscador de Google, indica que lo que la perjudica es la forma que la demandada diseña su buscador y la metodología empleada para presentar los resultados de cada búsqueda.*

*Uno de los mecanismos que utiliza Google para incluir las páginas web en su buscador es la lectura de los meta-tags incluidos por los creadores de los web sites en sus propias páginas web, los tags son marcadores que se insertan en el código fuente de una página de Internet, una de sus funciones es insertar hipervínculos (links o enlaces) a otras páginas dentro del mismo web site o a otros web sites.-*

*Por su parte los meta tags, son tags cuya función es identificar el contenido de un página y contienen una descripción general o palabras clave que son utilizadas por algunos motores de búsqueda para incluirlos en sus bases de datos.*

*6) En cuanto a la contestación del traslado corrido respecto de la presentación de Yahoo! (fs. 208) señala la accionante que aun cuando esta codemandada afirma que ha cumplido, en la actualidad su nombre se encuentra vinculado al sitio [www.adultfriendfinder.com](http://www.adultfriendfinder.com), por lo que el perjuicio continúa.*

*En este momento es cuando la accionante pide que se amplíe la cautelar al sistema de búsqueda por imágenes de ambas demandadas (fs. 208 vta.), afirmando que a través del servicio de búsqueda por imágenes se permite que cualquier usuario acceda rápidamente y sin autorización a una galería de fotografías con la posibilidad de imprimirlas, modificarlas, formar un catálogo, sin el consentimiento previsto en el art 31 de la ley 11723,*

*lo que implica una violación tanto a la intimidad como a la imagen.*

*7) A fs. 218 obra la resolución de fecha 7 diciembre de 2006, disponiendo”...corresponde ampliar la media cautelar decretada en este litigio y consecuentemente ordenar a Yahoo! de Argentina SRL y a Google Inc. a que dentro del plazo de cinco días arbitren los medios necesarios para eliminar de sus bases de datos toda imagen de la actora Paola Andrea Krum y se abstengan de obtener de Internet fotografías con su imagen para ser incluidas en su motores de búsqueda todo ello bajo caución juratoria la que se tiene por cumplida con la prestada oportunamente a fs. 76. Lo que as se resuelve. En cuanto a lo solicitado a fs. 208 párrafos cuarto y quinto atento lo que surge de la documentación adjunta intímese a Google Inc. para que dentro del quinto día de cabal cumplimiento a la medida precautoria oportunamente decretada bajo apercibimiento de aplicación de astreintes en la suma de \$50 por cada día de retardo en el cumplimiento”.*

*8) Google informa cumplimiento, indicando que se ha procedido a un nuevo bloqueo de aquellas URLs recientemente identificadas en el sitio [www.argentinas-famosas.com.ar](http://www.argentinas-famosas.com.ar) y apela la ampliación de la cautelar del 7/12/2006 (fs. 228/229).*

*9) A fs. 249/251 Yahoo! afirma que la medida es de cumplimiento imposible, por cuanto como todo proceso de búsqueda se realiza en forma totalmente robótica, lo que muestra no son resultados de una determinada persona sino imágenes que responden a las palabras claves ingresadas, se refieran las mismas o no, a una o más personas determinadas. Resalta que no tiene modo alguno para determinar si las imágenes que aparecen ante búsquedas con el nombre de la actora, se refieren o no a ella. A menos que se indique específicamente la URLs de aquellos sitios que hubiesen publicado imágenes de la actora y que pretenda sean excluidos del buscador de imágenes, será imposible ubicarlas, determinarlas y excluirlas.*

*10) Habiéndose sustanciado los recursos interpuestos por las codemandadas, se dictó la resolución de esta Sala de fecha 10 de Mayo de 2007*



(fs. 316/317). En dicho decisorio, se afirmó que, en relación con la garantía constitucional de libertad de prensa, “si bien el tráfico de informaciones, conocimientos, ideas y opiniones por internet está alcanzado por la garantía que brinda la libertad de expresión, también resulta comprensiva de las pertinentes responsabilidades posteriores, si es que correspondieran o las medidas asegurativas de la privacidad, intimidad u honor de las personas, y sobre todo, de protección de los niños. Es por ello, que las medidas legales que se adopten a su respecto, contemplan la mayor complejidad dado el alcance global de la información que circula por la red y de los medios técnicos de que se dispone para difundirla (cfr. arg. Gelli, M. A. “Constitución de la Nación Argentina”, 3ª ed. La Ley, 278 y ss.; cfr. arg. Molina Quiroga, “Internet y la libertad de Expresión”, *eldial.com*).”

“En efecto, dado que una enorme cantidad de datos y opiniones personales circulan en la red, se aconseja respetar tres principios al momento de descubrirlos, captarlos, utilizarlos o hacerlos circular, a saber: a) el respeto por la privacidad; b) lo relativo a la integridad y c) la calidad de la información, todo ello, con la consecuente responsabilidad por los daños que pudieren ocasionarse (cfr. Farinella, F. “Privacidad en Internet”, LA LEY, 2002-B, 1979).”

“De manera tal que no surge de forma palmaria, a tenor de la medida requerida y dispuesta, que se afecte el derecho previsto en nuestra Carta Magna, en atención a que no se le ha cercenado la libertad de expresión, sino sólo se ha limitado, por entenderse “prima facie” que igual reconocimiento merece el derecho a la intimidad, aludido por la peticionante. En razón de ello, tal planteo no debe prosperar”.

Después de efectuar consideraciones acerca de la verosimilitud en el derecho invocado, y el peligro en la demora, este Tribunal consideró que se configuraban en el caso los presupuestos aludidos, resolviendo en consecuencia confirmar los decisorios de fs. 74/75 y fs. 218.

11) A fs. 586 (abril de 2008) la accionante solicita se haga efectivo apercibimiento, atento no haberse dado cumplimiento con lo ordenado el 7/12/2006.

Pide el pago de una multa que asciende a 23.600 que deberán abonar cada uno de las accionadas teniendo en cuenta que pasaron 472 días sin que la orden judicial se encuentre cumplida. A fs. 588 se hace efectivo apercibimiento prevenido a fs. 218, disponiéndose imponer a Google -que era la única intimada en la resolución previa- una multa diaria de \$50 por cada día de retardo en dar cumplimiento, plazo que comenzará a correr a partir del día 1 de febrero de 2007, fecha en que venciera el plazo de cinco días otorgado a fs. 218.

Esta decisión es recurrida por la afectada, resolviendo esta Sala a fs. 734 (14/08/2008) declarar mal concedido el recurso, por cuanto el auto de fs. 588 era consecuencia de la resolución de fs. 218 que fuera confirmada por el Tribunal mediante la sentencia obrante a fs. 316/317 que se encontraba firme.

12) En el escrito de fs. 624 se acompañan constancias obtenidas de los portales de internet respecto de las limitaciones a la búsqueda por imágenes que ofrecen ambas accionadas y el reconocimiento expreso que realizan respecto de la protección de los derechos sobre las fotográficas que se exhiben en sus servicios de búsqueda por imágenes.

Así, a fs. 622, con relación al tema copyright, se consigna que “Yahoo! respeta los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial y pide a sus usuarios que también los respeten. Yahoo puede, de acuerdo a su condiciones de servicio y bajo las circunstancias apropiadas y a su discreción, desactivar y o cancelar cuentas que puedan estar violando los derechos de autor, de propiedad intelectual e industrial de terceros. A fs. 623, en la sección Preguntas frecuentes acerca de la búsqueda de imágenes, señalan una Advertencia: “Los resultados que ve con esta función pueden albergar contenido para adultos Google considera una serie de factores cuando determina si una imagen es relevante o no para la consulta. Como estos métodos no son completamente eficaces es posible que algunas imágenes inapropiadas sean incluidas entre las imágenes que ve.”

De allí concluye que ambas accionadas reconocen

los derechos que ostentan las fotografías que exhiben en el buscador por imágenes en cabeza de terceros, que la información se encuentra disponible pero necesariamente no puede ser descargada o usada, ya que reconoce derechos de autor sobre la imagen.

La codemandada Yahoo! va mucho más allá y facilita el uso de las imágenes para copiarlas electrónicamente o bien imprimir las secciones de los sitios web para uso personal y sin fines de lucro, aun cuando reconoce que las mismas se encuentran en cabeza de terceros. La propia accionada reconoce que se encuentra prohibido lo que ella misma realiza en su portal, es decir: reproduce, transmite, publica, exhibe y comercializa utilizando imágenes de la accionante sin autorización alguna que lo permita.

13) A fs. 764/765 obra una nueva resolución de primera instancia (9/10/2008) en relación con el pedido de revocatoria planteado, solicitando se deje sin efecto la multa oportunamente establecida. El magistrado expresó entonces que “teniendo en cuenta que frente al pedido de ampliación de medida cautelar que efectuara la demandante a fs. 208, este Tribunal-con los mismos fundamentos que expusiera a fs. 74/76 respecto a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares- ordenó a Google Inc. a que, dentro del plazo de cinco días de notificados, arbitren los medios necesarios para eliminar de sus bases de datos ,toda imagen de la actora-Andrea Paola Krum-y se abstengan de obtener de Internet fotografías con su imagen para ser incluidas en sus motores de búsqueda de imágenes, medida ésta que hasta el momento no fue cumplimentada -pudiéndose ello constatar no solo con la documentación anexada por la actora sino con solo entrar al motor de búsqueda de imágenes del mencionado buscador, pudiéndose señalar por lo demás que el Superior a fs.734 confirmó la decisión de este Tribunal por el que se aplicaba la referida multa, es que estimo corresponde rechazar la petición efectuada por la codemandada Google Inc. a fs. 739/740”.

14) La accionante a fs. 890 denuncia incumplimiento de la medida cautelar y su ampliación (agosto2009)

por parte de Yahoo! y solicita intimación y aplicación de multa.

A fs. 893 obra un informe de la Actuaría que ha obtenido como resultado la pieza que se agrega a fs. 891, que reza “con motivo de una orden judicial solicitada por partes privadas nos hemos visto obligados a suprimir temporalmente todos o algunos de los resultados relacionados con ésta búsqueda.” Ello motiva que en el escrito de fs. 895/898 la accionante explique el incumplimiento denunciado: si se clikea el sector de búsqueda de respuestas y se ingresa el pedido de búsqueda “Paola Krum, and porno” la codemandada incluye vínculos a un sector de su web site en el que pueden leerse comentarios que en algunos casos perjudican su imagen, buen nombre y honor, vinculando con [www.delapaly.com](http://www.delapaly.com) y [www.haciendococote.com](http://www.haciendococote.com), accediéndose igual a través de “resultados”. Un nuevo informe de la Secretaria corrobora tales afirmaciones (fs. 899).

15) En consecuencia, el magistrado de grado dictó a fs. 899 vta. (20/08/2009) una nueva resolución “... habiéndose corroborado el real incumplimiento de la orden oportunamente impartida por este tribunal íntimese a Yahoo! de Argentina SRL para que dentro del plazo de tres días de notificado proceda a eliminar la totalidad de las páginas de contenido sexual de oferta de sexo y de servicio de acompañantes que se vinculan con la demandante...como así también para que arbitre los medios necesarios para eliminar de sus bases de datos toda imagen de la misma y se abstenga de obtener fotografías con su imagen para ser incluidas en sus motores de búsqueda de imágenes, bajo apercibimiento de aplicársele una multa diaria de \$100 por cada día de retardo en el incumplimiento de la presente”.

16) Yahoo! plantea revocatoria con apelación subsidiaria (fs. 924/928), explicitando que brinda el servicio de Internet en dos modalidades. La primera modalidad consiste en informar cualquier URL que contenga al menos una de las palabras del patrón. La página de acceso del sitio de Yahoo! denomina a dicho servicio básico como web.

La segunda modalidad del servicio más especializada consiste en informar sólo aquellas URLs que contengan además de una de las

*palabras del patrón de búsqueda, imágenes en miniatura. La página de acceso del sitio denomina a dicho servicio básico como de “Imágenes”.*

*Argumenta que no aloja a las URLs sino que están alojadas en diversos discos rígidos gigantes de terceros (discos o servers), en el caso el Server del diario Clarín, que se conectan entre sí formando la Internet, sobre la cual busca las URLs que contengan alguna palabra del “patrón de búsqueda” propuesto por el internauta.*

*Ello más allá de que para hacer una búsqueda más rápida el buscador copie o no en sus propios discos, periódicamente, distintas URLs entre las cuales hará las búsquedas pedidas por los internautas.*

*Por ello, puede dejar de informar la existencia de determinadas URLs que se le indiquen, o también puede no informar URL alguna frente a búsquedas cuyo patrón se señale de antemano (por ej. Paola + Krum) pero de ninguna manera puede modificar el contenido de URLs creados por terceros y alojados en servers de terceros, o dejar de informar URLs que mencionen a una persona en los casos en que el patrón de búsqueda no contenga el nombre de esa persona (por ejemplo las+mejores+actrices)*

*Solicita que la resolución de fs. 899 sea revocada porque la actora ahora acompaña impresiones de resultados en el buscador “Respuestas” que es distinto a los buscadores de “Páginas Generales”(Web) y de Páginas por Imágenes (Imágenes) que son los dos buscadores a los que la medida de fs. 74/75 y su ampliación pudieron referirse.*

*En particular, a fs. 925 vta. dice que copia a sus propios discos resultados del buscador “Respuestas”.*

*Destaca que la búsqueda que la actora realizó ahora en el buscador Respuestas fue hecha con una combinación “Paola Krum and porno” con lo cual extralimita la cautelar de fs. 74 y su ampliación de fs. 218, que era proteger el nombre de la actora frente a un internauta normal que quiera saber sobre su vida. La cautelar -como la interpreta la accionante- tiene en miras al internauta mal intencionado que hace una búsqueda predeterminada a encontrar*

*algo pornográfico respecto de la actora.*

*A fs. 926 hace un razonamiento acerca de si es obligación de medios o de resultado, y afirma que eliminar no es un hacer sino un resultado de otro hacer. Propone multa por cada día que no se ha logrado.*

*El traslado es contestado a fs. 937/941, y el juez dispone la designación de un perito informático (Jorge Daniel Junas) para que aclare la cuestión técnica respecto del tema planteado por Yahoo! Y para que determine la forma de cumplimentar la medida cautelar oportunamente dictada.*

*17) A fs. 997/1186 luce la pericia informática con los resultados obtenidos entre el 3/10/09 y el 13/10/09. A fs. 1010 el perito informa que si bien se han hecho modificaciones sobre el buscador para evitar exponer los datos de la actora, se verifica que las mismas no son suficientes, habida cuenta que en las búsquedas muestrales realizadas y documentadas en esta pericia siguen apareciendo referencias a la actora.*

*La demandada posee la capacidad técnica como para instrumentar los mecanismos que permitan reducir al mínimo y hasta eliminar la aparición de resultados referidos a la actora tal como se demuestra en la búsqueda por imágenes y en la búsqueda por respuestas.*

*El experto considera que la forma más adecuada para lograr el objetivo implica la decisión del buscador de aplicar sus técnicas para la eliminación de todo dato correspondiente a la actora en la base de datos en el momento de la carga de los mismos, de manera de mitigar al máximo el riesgo de vulnerar la disposición del Tribunal.*

*En relación a lo mencionado por la demandada referido a que se debe especificar el “cómo” cuando se ordena “eliminar”, señala que cuando se debe encarar la realización de un proyecto informático destinado a cubrir una necesidad específica normalmente es el “usuario” el que define con la mayor precisión posible, lo que se requiere obtener como resultado, quedando a cargo del Especialista Informático la definición del “cómo debe resolverse técnicamente” esta necesidad.*



*Yahoo! responde a fs. 1189/1192 que en el estado de la ciencia informática actual no existe filtro absoluto y pide aclaraciones las que con contestadas a fs. 1201/1215).*

*Reafirma el experto que en el estado actual de las ciencias informáticas resulta posible filtrar con elevado grado de precisión cualquier búsqueda de datos, y que si bien puede no resultar posible alcanzar el filtrado del 100%, pueden obtenerse niveles cercanos a este objetivo en cuanto a la precisión del filtrado. Además, se puede asegurar que la misma demandada está utilizando estas herramientas, ya que a raíz de un fallo de la justicia francesa Yahoo se vio obligada a filtrar información relacionada con contenidos "Nazi". Adjunta nota del diario La Nación sobre el fallo contra Yahoo en Francia, donde se verifica que los expertos manifiestan la posibilidad de filtro (ver fs. 1203) y adicionalmente se adjunta nota de USA donde Yahoo expresa que cumplirá lo requerido por el juez francés a través del uso de un software específico (ver fs. 1203/1204).*

*Añade que no resulta necesario ir tan lejos para confirmar que es posible aplicar filtros efectivos, que actualmente el buscador de la demandada ha incluido para dar cumplimiento con los fallos judiciales de los fueros locales, consiguiendo inhibir el acceso a la información de la Sra. Paola Krum o de la Sra. Virginia Da Cunha.*

*En el caso de las imágenes es exactamente igual que para los textos, ya que al ingresar el dato de búsqueda de imágenes ésta puede ser filtrada como fuera expresado precedentemente.*

*Respecto si el buscador genera o no imágenes, no se cuenta con elementos suficientes para afirmar o no el hecho, la información de texto como de las imágenes son capturadas por los buscadores a través de sus sofisticadas herramientas (robots Crawlers) desde las páginas de los terceros, y luego almacenadas e indexadas en sus bases de datos, para posteriormente ser presentados ante la requisitoria de los usuarios. La herramienta cache, es donde los buscadores almacenan texto e imágenes de manera reducida.*

*No existe automaticidad de los buscadores sin*

*intervención humana, y esa intervención humana en un contexto de mejora continua es lo que garantiza que la efectividad de los resultados obtenidos vaya mejorando permanentemente, a pesar de que como correctamente se afirma no es infalible 100%.*

*En cuanto a los argumentos de Yahoo! sobre lo que el buscador realiza y lo que no realiza este perito debe responder en forma concreta por lo que el buscador "HACE" y no debe expresarse sobre lo que cree que no "HACE". Puede:*

- 1.- no informar URL alguna cuando la búsqueda incluya determinada palabras*
- 2.- no informar las determinadas URLs cuya identificación completa le sea previamente avisada al sistema*
- 3.- Reconocer y no informar URLs que contengan ciertas palabras.-*

*A la repuesta si existe filtro semántico, moral, de verdad, de licitud o de reconocimiento de imágenes e indique cual sería el software o que mecanismo permitirían reducir al mínimo y hasta eliminar la aparición de resultados de la actora con los que supuestamente cuenta la ciencia informática, el experto dice: es absolutamente impensado que un sistema pueda identificar los millones de páginas existentes y además determinar sin son verdaderas o falsas, difamatorias o no, etc., si existiera sería la máquina de Dios.*

*Pero lo que puede hacer un sistema de búsqueda a través de distintas técnicas de programación es filtrar información que no quiere que se publique (por ej. por pedidos judiciales) y reitera que puede ser que no se pueda eliminar el 100%, pero las técnicas permiten alcanzar un alto nivel de filtrado y quedó demostrado que Yahoo dispone de suficientes recursos tecnológicos y de excelentes recursos humanos como para desarrollar herramientas para lograr ese objetivo, de hecho con el juicio en Francia se comprueba que la demandada ya las ha desarrollado para cumplir exigencias judiciales.*

*17) En una nueva presentación, Yahoo! (fs. 1219) informa que, atento que tal como lo afirmó el perito, de la ciencia informática no posee un filtro infalible,*



*en pos de cumplir con la medida cautelar dejó y deja de informar URL alguna frente a patrones de búsqueda previamente señalados, pues el mismo perito señaló que tal filtro demostró ser efectivo.*

*A fs. 1221 se resuelve rechazar la revocatoria y conceder la apelación interpuesta en subsidio, lo que conduce a un nuevo pronunciamiento del Tribunal obrante a fs. 1224/1226 (30/3/2010), que confirma la decisión recurrida de fs. 899 vta. con respecto a Yahoo! (intimación bajo apercibimiento de multa).*

*18) En cuanto a Google, nuevamente se ordena un embargo (fs. 1231) que se dispone sobre el nombre de dominio www.google.com.ar (fs. 1233), y a fs. 1240 la demandada acredita el depósito. Luego de una incidencia relativa a que deberían destinarse los fondos a bibliotecas, cuya improcedencia se resuelve a 1247 por ser dicho monto en concepto de astreintes, y a fs. 1255 la empresa da en pago dicho importe de multa a favor actora.*

*Con anterioridad, a fs. 949, Google había acreditado un depósito anterior, solicitando se dejara sin efecto otro embargo, y planteando que Google Inc. y Google Argentina S.R.L. son personas jurídicas distintas, y que el domicilio indicado por la actora no pertenece a Google Inc. sino a Google Argentina S.R.L., que son sociedades diferentes.*

*19) A fs. 1278 la actora denuncia un nuevo incumplimiento de Google, acompañando constancias del portal de la accionada de fecha 1 de julio de 2010. Afirma que no ha cumplido con la cautelar y que han transcurrido 801 días. Practica liquidación por un nuevo importe (\$40.500). A fs. 1290/1318 Google contesta traslado, volviendo a repetir argumentaciones vertidas ya con anterioridad, para finalmente solicitar que se revise la medida cautelar a efectos de evitar las consecuencias negativas que ocasiona la forma en que ha sido dictada. Requiere, además, nuevamente, se deje sin efecto multa, e impugna liquidación. A fs. 1322 /1323 la actora contesta el traslado solicitando se apruebe liquidación y se rechace impugnación.*

*Con motivo de esta nueva incidencia, se dicta la resolución de fs. 1324 (18/08/2010) en la que el*

*magistrado de grado sostuvo que “sin perjuicio de señalar que la cuestión introducida ya ha sido objeto de decisión, tratándose en consecuencia de una etapa precluida, en la medida que se ha podido constatar que a través del buscador aún son exhibidas imágenes de la actora a través del sistema de búsqueda por imágenes, no corresponde acceder el pedido de que se deje sin efecto la multa oportunamente establecida”. En cuanto al monto, desestimó la impugnación formulada por la obligada al pago en términos genéricos, sin practicar la que a su entender resultaba correcta, consecuentemente aprobó la ampliación de liquidación de astreintes a la suma de \$ 40.050 al día 1º de julio de 2010.*

*A fs. 1330/1334 Google funda su recurso contra la resolución que confirmó el alcance de la medida cautelar e impuso multa, solicitando se modifique su alcance de cautelar en cuanto prohíbe imágenes de todo tipo y requiere se deje sin efecto multa, afirmando que actualmente ingresando el nombre de la actora no aparece enlace alguno a sitios de tenor pornográfico o relacionados con páginas sexuales.*

*Aclara que si bien no cuestiona el fin protectorio de la medida, si lo hace respecto de la forma en que se pretende implantar, pues sostiene que solo se pueden bloquear URLs determinados y no implementar filtros preventivos que eliminen el 100% de los enlaces, pues de esa forma se bloquearían miles de sitios web ajenos a la orden judicial.*

*Indica que frente a la decisión de que se abstuviera de publicar imágenes de cualquier tipo por supuesto uso comercial no autorizado, procedió a bloquear los URLs denunciados y sucedió lo que era previsible, que en otros sitios (distintos a los denunciados por la actora) se publicaron imágenes y por ello se impuso multa a Google. De ello concluye que el alcance de la medida es de cumplimiento imposible y contrario a derecho. Afirma la imposibilidad de interpretar en una cautelar el alcance del art 31 de la ley 11723 pues el análisis del concepto uso comercial excede sus alcances.*

*Con relación a los thumbnails indica que la actora es una figura pública, y es contradictorio no prohibir a los medios la exhibición de imágenes de la actora*

*y si a los buscadores que sólo informan la forma de acceder a esos medios. Google no publica por sí imágenes de la actora ni mucho menos hace uso comercial, y el uso de thumbnails (imágenes de pequeño tamaño) es lícito en Argentina como en todo el mundo.*

*La implementación de un filtro bloquearía el acceso a miles de sitios web con grave lesión al derecho constitucional de libertad de expresión y de libre acceso a la información de usuarios de Internet y de ejercer industria lícita tanto de Google como de terceros dueños de páginas web injustamente bloqueadas. En virtud de ello, solicita que la medida sea modificada y se deje sin efecto la multa.*

*A fs. 1338/1342 contesta la actora, quien además de afirmar que la cuestión se encuentra firme, precluida y con autoridad de cosa juzgada, dice que introduce cuestiones ajenas a la resolución apelada. Reproduce imágenes del día 14 de septiembre de 2010 demostrando el incumplimiento, argumentando que si Yahoo! pudo cumplir, no se advierte por qué motivo no podría hacerlo Google.*

*20) En la resolución confirmatoria de este Tribunal obrante a fs. 1349/1350 (6/12/2010) se estableció, en primer término, que las resoluciones que disponen medidas cautelares, atento el carácter instrumental de éstas, son siempre provisionales y deben ser enmendadas, modificadas o revocadas atendiendo a la variación o insubsistencia de las circunstancias fácticas o de derecho, sobre cuya base se adoptaron, al ritmo de las modificaciones de las circunstancias que justificaron su otorgamiento, sin desmedro de la preclusión de la facultad de impugnarla por vía recursiva.*

*No obstante, se precisó que si la parte afectada por la traba de la medida cautelar no interpuso oportunamente los recursos pertinentes o agotó la vía recursiva, no puede reclamar luego por la vía incidental su levantamiento sin acreditar que haya variado la situación fáctica existente al momento de decretarse la misma, por lo que la aplicación de este principio de mutabilidad no podía receptarse en el caso, cuando el pedido enderezado a obtener la modificación se sustenta en la existencia de un error inicial, vigente en la oportunidad del dictado de*

*la decisión, sin aportar nuevos elementos de juicio que evidencien que han variado las condiciones determinantes que se verificaran al dictarse la medida (circunstancia innovativa sobreviniente).*

*Con relación a las astreintes, luego de señalar los supuestos de cesación –que no se configuraban en el caso- se consignó expresamente: “... el análisis de las circunstancias, hechos y actuaciones verificadas en autos, no dan cuenta de que el cautelado haya actuado con diligencia suficiente para el cumplimiento de la manda judicial y al haberse ya explicitado en la resolución de fs.1224/1226 que la realización de la misma era factible para el quejoso, ello hace que lo alegado por aquél carezca de relevancia a los fines en estudio, en tanto no se ha justificado el acatamiento completo de la orden judicial”.*

*21) A fs. 1378/1382, en sendos escritos, la actora denuncia nuevo incumplimiento de Google, acompaña constancias del día 18 de abril de 2011 que continúan vinculando a la actora con sitios de contenido sexual y pornográfico, y pide aumento de multa por cada día de demora.*

*Por resolución de fs. 1383 (25/04/2011), el a quo dispuso: “...no habiendo la demandada Google Inc. dado cumplimiento a la medida cautelar que se ordenara en autos, intímese para que si lo haga dentro del plazo de cinco días de notificada e impónese a la misma una multa diaria de \$ 1000 por cada día de retardo”.*

*22) La codemandada Google realiza nuevas presentaciones y plantea recursos de apelación sobre cuyos aspectos formales y sustanciales no corresponde emitir juicio por cuanto al haberse suspendido posteriormente el trámite de las actuaciones ello implicaría un prejuzgamiento, salvo que en lo que es materia específica de conocimiento actual del Tribunal en esta causa.*

*Sin embargo, como en dichas piezas ha efectuado en realidad una serie de argumentaciones que hacen al fondo de la cuestión –que por cierto no fueron introducidas en este pleito en el momento oportuno en razón de la incontestación de la demanda por parte de esta accionada- se efectuará*

*un breve resumen de tales escritos.*

*A fs. 1392/1397 Google Inc. contesta la intimación y apela en subsidio la resolución de fecha 18 de abril de 2011 por la que la intimara a depositar en autos la suma de \$40.050 en concepto de astreintes bajo apercibimiento de ejecución.*

*Afirma que en el presente caso no existe ningún daño irreparable que se pudiera ocasionar a la Sra. Paola Krum por el uso que supuestamente Google hace de su imagen mediante la publicación de Thumbnails o imágenes de pequeño tamaño como enlaces a sitios web de terceros. A todo evento esa supuesta pérdida dineraria invocada no probada, será compensada con creces con el monto que eventualmente fije la sentencia incluyendo intereses y costas.}*

*Señala que la aplicación de multas indiscriminadas ha desnaturalizado el objeto del juicio y creado un incentivo sobre la actora para liquidar y cobrar multas en expedientes cautelares, dado que la cuestión de fondo ya ha sido resuelta en otros casos en forma desfavorable a su pretensión. Solicita se suspenda la ejecución de astreintes hasta tanto se dirima la cuestión de fondo que se encuentra avanzada y en subsidio apela.*

*En otro escrito obrante a fs. 1397/1404 contesta nuevamente Google, diciendo que ha dado cumplimiento a la cautelar, pues ningún resultado de búsqueda se vincula a la actora con sitios de contenido pornográfico o sexual. Señala que es altamente dificultoso determinar si los sitios web cuyos enlaces aparecen como resultado son pornográficos o de contenido sexual sin ayuda de un organismo estatal o judicial que así los califique.*

*Indica que la búsqueda que realizó la actora fue ingresando las palabras Paola Krum + Porno lo que demuestra que fue una búsqueda direccionada es decir, buscando ella misma la vinculación, lo que excede la cautelar dictada en autos.*

*Concluye afirmando que 1) no existen en la actualidad enlaces a sitios de contenido sexual o pornográfico; 2) no se puede analizar a priori si existen esos enlaces sin analizar cada uno de los sitios enlazados; 3) la búsqueda direccionada de*

*la actora agregando a su nombre términos como “porno” demuestra una actitud maliciosa y 4) la única forma es que ella colabore identificando en forma precisa las URLs que dice que la afectan, para que previo análisis judicial Google pueda proceder a su bloqueo y evitar su difusión*

*Pide se tenga por cumplida la medida cautelar, se deje sin efecto multa y a fs. 1406 amplía apelando en subsidio.*

*Los respectivos traslados fueron contestados por la actora a fs. 1409 y 1414/1428, reiterando –en brevísima síntesis- que si la accionada Yahoo! puede cumplir una orden no existe explicación para que Google no lo haga, no se trata de una medida de cumplimiento imposible, y afirma que: 1) sí existen en la actualidad gran cantidad de enlaces a sitios de contenido sexual y pornográfico; 2) puede determinarse a priori y a posteriori que existen dichos enlaces aunque no se trata de una cuestión debatida en autos y 3) la única forma segura y rápida y eficaz para cesar con graves daños es el cumplimiento de las órdenes judiciales, las que al día de la fecha han sido incumplidas.*

*23) A fs. 1429 el magistrado interviniente, en atención a lo dispuesto en el fallo dictado en los autos principales, suspendió la decisión de esta causa hasta tanto quede firme la sentencia respectiva, por considerar que la cuestión debatida estaba íntimamente vinculada con aquellas actuaciones, resolución ésta que fuera confirmada en esta instancia (22/11/2011, fs. 1451).*

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

*1) La demanda es promovida solicitando la Sra. Krum la reparación de daños y perjuicios con fundamento en el uso comercial y no autorizado de su imagen a través de los servicios búsqueda de imágenes de las accionadas, por considerar avasallados derechos personalísimos tales como honor, nombre, la imagen y la dignidad, al habérsela vinculado con páginas de Internet relacionadas con actividades de pornografía, oferta de sexo y similares a través de la inclusión de su nombre y*



*apellido en sus buscadores web, relacionado con este tipo de páginas web.*

*Se solicita, asimismo, se condene a las demandadas al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y nombre conforme fuera ordenado en el expediente de medidas cautelares, a eliminar y abstenerse de incluir toda imagen de la suscripta en los buscadores de imágenes, a eliminar en forma definitiva de sus buscadores web toda vinculación efectuada entre su nombre y los sitios web de contenido sexual erótico y pornográfico denunciados en el expediente de medidas cautelares.*

*Finalmente, se requiere “se condene en forma definitiva a tomar las medidas técnicas y organizativas que sean necesarias a los efectos de evitar que a través de sus buscadores pueda efectuarse cualquier tipo de vinculación de mi nombre e imagen personal con todo tipo de sitio web de contenido sexual, pornográfico, de oferta de sexo y similares”.*

*Se fundamentan estas peticiones—en prieta síntesis—en el grave perjuicio que le habría provocado el verse involucrada en un escándalo con cuestiones pornográficas a las que era ajena.*

*Las fotos que las demandadas reproducen en sus buscadores de imágenes han sido obtenidas y son publicadas sin su consentimiento expreso, como así lo exige la norma del art 31 de la ley 11723 (ver fs. 116 vta.).*

*Considera que las accionadas son responsables por el uso indebido de imagen y nombre, y por la información que incorporan a su base de datos, y publicitan en sus servicios de búsqueda web y por imágenes, pues las son quienes idearon, desarrollaron y lucran con sistemas informáticos de búsqueda y difusión de información, por lo que son las que deben controlar los contenidos que obtienen, almacenan y difunden.*

*Señala que luego de tramitado el expediente de medidas precautorias, queda claro que se encuentran en condiciones de no vincular su nombre a través de sus motores de búsqueda con web sites vinculadas con la pornografía, oferta de sexo, y no incorporar sus imágenes.*

*Señala que medió una actitud de resistencia en el trámite de las cautelares, pues la actividad vinculada al sexo y la pornografía son de las actividades más redituables en Internet. Plantea la cuestión relativa a la edición y búsqueda en caché y posterior difusión.*

*Con relación al daño material, por el uso indebido de imágenes en el portal búsqueda por imágenes sin autorización alguna, reclama las ganancias frustradas por la publicidad antijurídica encarada por las demandadas, en tanto nunca le fue abonada suma alguna por el uso de imagen en la ventana búsquedas por imágenes de los portales administrados por éstas (ver fs. 125).*

*Estima que el reclamo debe medirse en función de lo que se le debería haber pagado en el hipotético caso de haber convenido y acordado el uso de la imagen conforme los usos y costumbres del medio profesional donde desarrolla su actividad, difundida hasta el día de la fecha en millones de computadoras de todo el mundo, con la posibilidad de imprimirlas, copiarlas, modificarlas e incluso disponer de ellas. En virtud de ello estima un resarcimiento de \$75.000 respecto de cada una (\$150.000).*

*Asimismo, solicita reparación de daño moral por avasallamiento de la personalidad, honor, honra, intimidad y protección de datos personales, en razón de lo cual estima en igual suma de \$75.000 a cada demandada (\$150.000).*

*2) A fs. 474/538 contesta demanda Yahoo, argumentando que la actividad que desempeña es asimilable a una biblioteca, por cuanto se limita a facilitar por medio de buscadores la localización de diversos contenidos de propiedad de terceros, no teniendo ninguna responsabilidad por los mismos.*

*Afirma que, contrariamente a lo sostenido por la actora, los buscadores no son proveedores de acceso ni proveedores de contenidos. Son “proveedores de servicios”, y su función consiste en guiar al internauta hacia sitios de terceros, que publican una palabra que coincide con las palabras objeto de búsqueda.*

*Explicita datos técnicos relativos al funcionamiento y características del servicio que presta, tales como que usan tecnología crawler o rastreador*

*para localizar la información en la W.W.W., por lo que cuando un internauta ingresa palabras que considera claves le mostrará en forma absolutamente automática, un listado de sitios que responden a la palabra clave asignada.*

*Hace hincapié en que para acceder a tales sitios se debe abandonar el sitio de Yahoo! e ingresar al sitio de terceros. A diferencia de lo que la actora quiere hacer notar, no se trata de una evaluación humana, o subjetiva del tipo de contenido publicado sino de trata de un análisis absolutamente objetivo, y robótico o automático en cuanto a su relevancia, importancia y cantidad del contenido y del sitio.*

*Yahoo! señala que no conoce el contenido ni lo selecciona, porque la función del buscador es localizar cualquier tipo de sitios y no sólo aquellos que la empresa determine.*

*No existe ninguna norma que establezca que determinados sitios o contenidos no deben ser localizados por los buscadores. En tercera instancia no puede controlar los billones de sitios que existen en la W.W.W. para luego preseleccionarlos. Solo informa una parte de lo que otros sitios dicen, haciendo una cita textual.*

*En cuanto al posicionamiento de los resultados, se determina en forma automática y sin intervención de seres humanos.*

*Explica que el servicio de resultados patrocinados consiste en la posibilidad de aparecer dentro de los resultados de búsqueda en las primeras posiciones, pero sin embargo los sitios que publiquen determinado contenido no podrán acceder a esa alternativa, prueba de ello son las políticas de contratación de este servicio y que ninguno de los sitios cuestionados aparece en los resultados de búsqueda dentro de las posiciones destacadas.*

*Reitera que la descripción de los sitios es automática, que no conoce los contenidos de los sitios que aparecen en los resultados, ni edita la descripción que acompaña a los sitios informados.*

*Es altamente diligente en localizar contenidos y demás servicios prestados, dice que la cláusula N°15 de sus términos y condiciones Yahoo!*

*menciona que no tiene control sobre los sitios cuyos enlaces informa, y en la cláusula N° 22 respeta del derecho de propiedad intelectual de terceros, estableciendo un procedimiento sencillo para denunciar infracciones a derechos de autor y de propiedad intelectual (ver documental VII).*

*Indica que el buscador de imágenes localiza sitios con imágenes publicadas por terceros, y que contrariamente a lo que afirma la actora, no tiene una galería de imágenes suyas, sino que simplemente informa los sitios de terceros que contienen imágenes asociadas con la palabra clave ingresada por el internauta. Esas imágenes no pueden ser consideradas como puestas en el comercio, por cuanto su único fin es la localización.*

*El internauta solo puede agrandar la imagen, acceder a su tamaño original o eventualmente descargarla y utilizarla del modo que decida, saliendo del sitio de Yahoo! e ingresando al sitio que la publicó.*

*Esta accionada precisa que ha dado cumplimiento a la orden de la cautelar (fs. 489 vta.) y hace un análisis del caso, afirmando que es una práctica legal el informar dentro de los resultados la existencia de coincidencias entre la palabra introducida y aquellas contenidas en los sitios pornográficos, motores de búsqueda y vínculos links, actividad tan legítima como un servicio de recortes periodísticos.*

*La razón por la cual el nombre de la actora o sus imágenes son utilizados por terceros o utilizados para asociarla a contenidos pornográficos es ajena a su parte, y brinda a fs. 491 vta. y 492 una explicación técnica de lo que puede hacer y lo que es imposible.*

*Reiteradamente hace hincapié en la inexistencia de prohibición legal, plantea la aplicación de la ley 26032, del derecho de cita previsto en la ley 11.723 y señala que los terceros pueden notificar y bajo circunstancias apropiadas y a su discreción puede desactivar y/o cancelar cuentas que puedan estar violando los derechos de autor, propiedad intelectual e industrial de terceros (fs. 493 a 495).*

*Finalmente, señala las siguientes conclusiones (fs. 495 vta.):*

a) Al publicar links a sitios de terceros no comete ilícito alguno, si no pudiera realizar dicha actividad la Internet sería disfuncional (ver fs. 495 vta.)

b) el tema de las imágenes es un supuesto de publicación libre, y por su tamaño reducido y bajísima resolución son ineficaces para cualquier otro fin que no sea informar

c) Yahoo! no necesita autorización de la actora para facilitar la localización de imágenes públicas y lícitas no cuestionadas por ella, por cuanto se verifica la existencia de un interés general, un fin cultural, la inexistencia de lucro y la mención de la fuente

Luego de aludir a diversos precedentes judiciales aplicables a la localización imágenes (fs. 500), estima que no se configuran en el caso los presupuestos de la responsabilidad civil: acto ilícito, daño resarcible, imputabilidad del daño, inexistencia de nexos causal. Plantea la aplicación de la doctrina de los propios actos (fs. 503 vta. y 504), la ineficacia de la eliminación de los links (fs. 505 vta.) y el tratamiento de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet en el derecho argentino, legislación, doctrina y jurisprudencia (fs. 506).

Asimismo, impugna los daños reclamados, señalando que las sumas reclamadas son exorbitantes, que en ningún momento mostró una imagen de la actora asociada a un sitio de contenido de adultos, por cuanto las únicas imágenes que podrían corresponder a la actora estaban asociadas a sitios de noticias y actualidad y no le han ocasionado daño alguno, por eso no hace mención en su demanda de tales sitios que aparecen debajo de esas imágenes. Considera que ni los enlaces ni las imágenes le han ocasionado daño material, pues se trata de imágenes públicas, y Yahoo! no comercializa de ningún modo imágenes de la actora.

Tampoco expresó qué parámetros deben utilizarse para calcular un eventual monto indemnizatorio, tiempo de uso de la imagen, cantidad de imágenes, etc., por lo que eventualmente sería aplicable el convenio colectivo de trabajo relacionado a la actividad de la actora.

En cuanto al daño moral, reiteró que no mostró imágenes relacionadas con sitios pornográficos. El hecho que con el nombre de la actora aparezcan links a sitios con contenido de adultos no modifica la percepción que los usuarios tenían sobre ella, y tales sitios continúan mostrando esas imágenes sin que la actora haya accionado al respecto.

Todo aquel que utiliza la Internet sabe sobre la facilidad con la que se sube información que en muchos casos no es real o cierta.

En cuanto al valor comercial de la imagen de la actora, considera que está dado por su prestigio entre el público femenino, dado que promociona bienes o productos destinados a ese público, y es muy baja la probabilidad de que ese público ingrese en los buscadores que la asocien con contenido de adultos. Por el contrario, sería el público masculino el que realizaría esas búsquedas, y justamente ese público no es el que destinatario de los bienes o productos que promociona la accionante.

Asimismo, afirma la improcedencia del resarcimiento por daño moral derivado de publicación de imágenes reducidas, por cuanto la actora no solicitó en forma expresa su eliminación, y además son fotos de ella posando, por lo cual mal puede reclamar que se violó su intimidad o privacidad. Señala que en buena medida el negocio de las modelos se vale de la difusión de la imagen, como las que cuestiona la actora (ver fs. 517).

3) Google no contestó demanda. Ante el pedido de Yahoo! solicitando la citación de terceros, titulares de los sitios pornográficos cuestionados (fs. 537), la actora se opuso (fs. 543) afirmando que no le constaba quiénes eran los titulares de los sitios pornográficos identificados en el escrito de inicio.

“Es de público conocimiento que cualquier persona en forma gratuita y sin identificarse puede registrar un nombre de dominio y crear una página. El reclamo de la actora se dirige hacia los buscadores de las demandadas, ya que si no fuera porque Google y Yahoo! incluyeron en sus buscadores enlaces a los sitios mencionados, sin consultar a sus titulares si querían que sus web sites aparecieran en sus directorios de búsqueda, el daño no se hubiera



producido ya que hubiese quedado en el ámbito privado de cada titular de los sitios en cuestión”.

Se opone por considerar que la petición tiene el objeto de entorpecer y dilatar el proceso, y a fs. 563/564 se rechaza el pedido de citación de terceros, decisión que es confirmada por este Tribunal a fs. 1597 (3 de Abril de 2009).

4) En cuanto a la prueba informativa aportada en relación con las imágenes de la accionante, a fs. 693 obra contestación del oficio dirigido a la Asociación de Marketing Directivo e Interactivo (AMDIA), en el que se afirma que el buscador de imágenes es un negocio de búsqueda natural por el que Yahoo no recibe compensación alguna por mostrar imágenes, y que los sitios pornográficos no están filtrados.

A fs. 647/655 el Diario Clarín informa que las publicaciones acompañadas son copia fiel a sus archivos, a fs. 658/64 el Diario La Nación informa que las notas acompañadas han sido publicadas en el sitio Internet [www.lanacion.com](http://www.lanacion.com). También a fs. 973 La Nación indica que las notas acompañadas han sido publicadas en [www.lanacion.com](http://www.lanacion.com).

Producciones Publiexpress SA informan ser editores de revista Pronto Semanal y Gabo, no así de Premium. Asimismo, refieren que “La Sra. Krum ha sido entrevistada en nuestras revistas en diversas oportunidades en las que concedió notas a nuestro personal periodístico y fotográfico, nunca pagamos nuestras notas por lo que no existen facturaciones (fs. 706)”.

Editorial Atlántida refiere que envía copias de las producciones fotográficas y reportajes correspondientes a la actora publicados en la revistas Gente y Para Ti, e informa que no se registran pagos a favor de la actora (fs. 737). Del mismo modo, Editorial Televisa indica que Andrea Paola Krum no ha realizado producción fotográfica alguna para la revista Maxim (fs. 793).

A fs. 1011 obra contestación de oficio de Editorial Pisteros Group SRL donde se informa que la accionante no ha realizado producción fotográfica para Pisteros SRL, por lo que no se ha realizado pago alguno.

A fs. 928/944 se agrega el convenio colectivo de trabajo vigente aplicable a las modelos profesionales.

Editorial Perfil informa que en ninguna de las revistas, Hombre, Caras ni Claro, se han realizado producciones fotográficas de la Sra. Krum en el año 2008 y transcurso del 2009 (fs. 1189). Posteriormente precisa que la revista Claro dejó de aparecer en 2002 y los especiales en diciembre de 2005, por lo que toda vez que no se indican datos relacionados con número de ediciones o fechas de aparición de las revistas donde pudieron haberse publicado las imágenes de la actora, y que la empresa no cuenta con personal para proceder a la búsqueda de la información solicitada, hace saber que pone a disposición de las partes la colección de las citadas revistas para su compulsa (fs. 1394).

Editorial Atlántida, por su parte, informa reportajes y producciones fotográficas en revista Para Ti y Gente desde 17-9-92 al 26-12-2008 (fs. 1607).

5) Otra prueba informativa, ésta referida a cuestiones técnicas, obra a fs. 749/760. CABASE (Cámara de Bases de Datos y Servicios en Línea), Cámara Argentina de Internet indica que:

1. No nos consta que la indexación sea es el único método utilizado por los buscadores, la Cámara no audita la forma de trabajo operativo ni informático ni aun de las empresas asociados a ella.
2. Cualquier usuario puede acceder a una página publicada por un tercero sin necesidad de hacer una búsqueda simplemente introduciendo en la barra de búsqueda del navegador el URL o dirección de la página o haciendo click en vínculos incluidos en otras páginas de la web o en documentos electrónicos.
3. No nos consta que editen manualmente las descripciones de los sitios que aparecen en resultados de búsqueda.
4. La Cámara no tiene informe sobre el funcionamiento o fin de los metatags pero su propósito es el de incluir información (metadatos) de referencia sobre la página: autor, título, fecha, palabras clave descripción etc., esta información podría ser usada 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 y será invisible para un visitante normal.*

*5. Los metatags pueden incluirse para impedir que una página sea indexada por los motores de búsqueda.*

*6. Los buscadores de Internet indexan las páginas web gratuitamente, no obstante existen los enlaces patrocinados que son avisos publicitarios que pueden aparecer a la derecha de los resultados de búsqueda o en la parte superior, claramente diferenciados por posicionamiento, color, formato o aviso del buscador informando al usuario que son enlaces publicitarios.*

*7. Los buscadores solo indexan el contenido y referencian su ubicación en la web, en respuesta a la palabra de búsqueda ingresada, no ejercen control sobre sitios y sus contenidos, ya que éstos residen en servidores de terceros ajenos a los buscadores y distribuidos alrededor del mundo.*

*8. Cuando un buscador muestra una imagen reducida thumbnail, ésta tuvo que haber sido cargada a un servidor web de otra persona, debe existir un link directo a la imagen o a una página web, esta es la forma en la que los buscadores pueden encontrar una imagen en la web e indexar un thumbnail.*

*9. Menciona la escasa legislación nacional y legislación extranjera.*

*10. Informa que básicamente los motores de búsqueda están conformados por tres elementos:*

*a) Un programa de computación que recorre constantemente la red Internet, recabando información sobre las páginas que se encuentren publicadas en los servidores de Internet (robot, crawler o spider)*

*b) Un programa que analiza la información recabada por el robot la compila y genera un índice sobre la base de algoritmos que permiten ordenar la información siguiendo criterios de relevancia*

*c) Un programa de computación o interfaz que le permite a los usuarios realizar búsquedas sobre el*

*índice generado*

*11. Si se obligara a los buscadores a controlar y seleccionar manualmente los sitios que muestran sus resultados, se tornaría inviable el indexado de páginas, se afectaría el funcionamiento de buscadores y la libre circulación de información en Internet, desnaturalizando la razón de su creación.*

*12. Finalmente habla de la denominada memorial cache: proceso por el cual se guardan copias de información extraída de determinado lugar en otra ubicación más cercana, con el objetivo de acceder y mostrar más rápidamente esa información copiada toda vez que se desee con posterioridad a que se accedió a la misma.*

*A fs. 1290.1309 Nic Argentina informa la normativa vigente.*

*6) Con relación a la prueba testimonial, declararon en autos María Josefina Marra, quien trabaja en el estudio jurídico que interviene en autos por Yahoo (Fs. 716), Adrián Alberto Loureiro, representante artístico de la actora (fs. 746) y Gonzalo Alonso Pérez Verdía (ex dependiente de Google, fs. 1184).*

*Más allá de la vinculación estrecha de dos de los testigos con las partes en el juicio, y la relación previa del restante con la restante codemandada, brevemente se consignarán las respuestas que se considera han tenido alguna relevancia en orden al tema que se debate en autos.*

*Loureiro respondió a la cuarta pregunta (si tuvo problemas la actora con Yahoo y Google) “si, nos trajo enojo bastante tiempo, hace unos años detectamos que estaba vinculado su nombre y su imagen con páginas pornográficas, nos trajo inconvenientes no solo en lo profesional, a lo cual yo tuve que dar explicaciones sobre ella y otras representadas que están con el mismo tema, en el caso de Epitafios, que salió en todo el mundo me llamaron del canal de televisión en el año 2007, porque la querían contratar de ABC de EEUU, que ellos son los que hacen TV junto a Fox para hacer una miniserie de una policía latina, en ese momento habíamos firmado contrato para hacer Montecristo con lo cual no pudimos hacerlo, pero una de las cosas que me preguntaron es si sabía que cuando se pone Paola*

*Krum en el buscador de Google estaba vinculada a páginas pornográficas, esa fue una de las más graves explicaciones que tuve que dar porque es un mercado desconocido que conocen a Paola sólo por Epitafios, acá en Argentina las explicaciones son más fáciles de dar”.*

*A la quinta pregunta, acerca de si sabe si cobra por los trabajos que realiza, respondió “si por supuesto soy su representante, el que arregla los cachet, es considerada primera figura con alto nivel de respeto hacia ella es protagonista no solo en TV sino también en teatro y cine”.*

*A la novena, si para utilizar la imagen de la actora se requiere su consentimiento y autorización, contestó: “sí, por supuesto, no solamente su consentimiento sino que se cobra por usar la imagen cuando se explota comercialmente....jamás autorizamos ni autorizaríamos la utilización de su imagen en un sitio pornográfico”.*

*“el proceso en el caso de Krum es convocada por la productora de cine, teatro, lo que sea, se nos hace una propuesta artística, se nos entrega un libro. Los contratos son todos por un año, después puede explotar el personaje, se contrata a la actora para interpretar un personaje, eso es propiedad intelectual del canal que la contrata, el uso de la imagen de Paola es por un año y está especificado en el contrato, en el caso de necesitarse explotar por más tiempo la imagen de Paola Krum, se negocia un nuevo contrato o convenio”.*

*En cuanto a la declaración testimonial de Gonzalo Alonso Pérez Verdía, cuya falta de valoración es motivo de agravio específico de la actora, (ex empleado de Google) no aporta nada especialmente relevante: “...cualquier usuario puede pedir a Google que se baje determinado URL siguiendo el procedimiento en línea que se encuentra dentro del sitio”....reconoce que “a ciertas peticiones legales siguiendo el procedimiento de Google sabe que se han bajado algunas URL”.*

*Preguntado si cualquier usuario puede solicitar el bloqueo de una URL, si ante dicho pedido procede al bloqueo en forma inmediata, respondió “que el dicente sepa no lo hace en forma inmediata” y acerca*

*de si dicha accionada obtiene consentimiento de los titulares de derechos para incluir las imágenes que difunde contestó: “que yo sepa no”. Finalmente, ante la pregunta relativa a en dónde reside el principal ingreso económico de Google, afirmó que “en la comercialización de publicidad en línea”.*

*7) A fs. 984-992 obra la pericia fotográfica sobre fotos obrantes en Google, donde resulta concluyente que en todos los casos que parecen en el portal ampliadas y comparadas con tomas fotográficas similares corresponden a Andrea P Krum. Adjunta copias obtenidas de Internet, coincidente a la cuestionada en la demanda junto con copias obtenidas a efectos de esta presentación.*

*La actora señala que solo se expidió el perito sobre Google y no sobre Yahoo! (fs. Fs. 999).*

*A fs. 1049 la demanda manifiesta que el perito fotógrafo, para constatar si las imágenes cuestionadas correspondían a no a la fisonomía de la actora, tuvo que agrandar la miniatura que muestran los buscadores, y para ello tuvo que salir del buscador e ingresar al sitio que la publicó.*

*8) En cuanto a la prueba pericial contable, es de señalar que no le fue requerido al experto un dato de significativa relevancia, cual sería el costo que implicaría para las demandadas la implementación de los medios técnicos necesarios para filtrar los resultados que atañen a la demandante, o dicho de otro modo, el impacto económico que produciría en la empresa la eventual admisión de la demanda en ese aspecto.*

*En concreto, el informe presentado a fs. 1617 por el perito contador consigna los siguientes datos:*

- a) Tipo de publicidad difundida por los portales [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar) y [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar)*
- b) venta de impresiones estáticas o móviles denominada banners*
- c) Ingresos provenientes de anunciantes por aparecer en búsquedas de posiciones destacadas llamadas resultados patrocinados*
- d) Acuerdos con socios los que se difunden en Shopping, cocina etc. y nuevos negocios vinculados a telefonía móvil*



e) Costos de publicidad de ambos portales e ingresos obtenidos (ver fs. 1617 vta.)

f) El experto informa que de los libros contables y documentación tenida a la vista no se observan ingresos percibidos por Yahoo por la publicación dentro de los resultados de búsqueda del buscador de sitios de las vinculaciones o imágenes de la actora a los sitios pornográficos cuestionados.

g) No se observó contrato alguno con los sitios cuestionados, y de la documentación puesta a disposición no surge que la demandada haya percibido suma alguna bajo algún concepto por parte de los dichos sitios pornográficos cuestionados.

No surge que Yahoo haya percibido suma alguna de los usuarios por la utilización de buscador del sitio o el de imágenes. No surge cobro alguno por parte de la demandada a los usuarios por visualizar las imágenes aquí indicadas.

Finalmente, señala que de la documentación tenida a la vista no surge que las ganancias provengan de la publicación o comercialización de imágenes de terceros.

9) La pericia informática (fs. 800/ 920), sus aclaraciones y explicaciones:

En primer término, ha de destacarse que, al no haber contestado la demanda la coaccionada Google, la tarea pericial se desarrolló sobre la base de los puntos propuestos exclusivamente por la actora y la restante accionada, Yahoo! (fs. 800/920).

Al responder los puntos propuestos por la parte actora, el experto señala que es práctica habitual que los buscadores ofrezcan mecanismos que permitan a los usuarios recomendar páginas web para incorporar a sus directorios, en el caso de Yahoo! es posible a partir de su página principal, en la opción "sugerir un sitio" y explica cómo hacerlo. Entre las condiciones de servicio no se informa a los usuarios acerca de la posibilidad técnica de evitar que algunos sitios sean incorporados entre los registrados por el buscador.

Explicita las condiciones de uso de servicio del buscador Yahoo (fs. 809/817) e indica lo siguiente:

1) La decisión sobre la información que se incluye

en las búsquedas depende exclusivamente de los criterios que define el buscador, para la actualización de contenidos los buscadores definen criterios (algoritmos), que periódicamente recorren la red Internet identificando las páginas Web publicadas, que son clasificadas y registradas en sus bases de datos, para que luego puedan ser procesadas cuando deben responder a las búsquedas realizadas por los usuarios del servicio (fs. 820)

2) Cada buscador determina la frecuencia de actualización de sus contenidos en función de su política de negocio y su capacidad tecnológica

3) La publicación de las páginas es sin cargo, de todas maneras existe un servicio denominado "Enlaces Patrocinados" por el que se cobra una tasa específica por cada acceso a los mismos

4) "Cache": el buscador almacena una copia de los documentos (los más requeridos) de manera que pueda responder en forma rápida a nuevas peticiones. En la web el buscador realiza en forma permanente el proceso de exploración de páginas, con el objeto de efectuar actualización en sus directorios. En este caso se realiza una comparación entre los contenidos encontrados y los almacenados en su cache y evaluará la conveniencia o no de realizar la actualización de esta manera.

O sea, que el buscador evaluará si es más conveniente responder con la información almacenada en cache (más rápido) o si necesita ir a buscar información a su base de datos (más lenta), esto dependerá si la información peticionada sufrió o no cambios (fs. 822).

5) No resulta indispensable que un buscador incorpore fragmentos de una página web al incluir el hipervínculo a una página web localizada con los criterios de búsqueda requeridos por el usuario, a pesar de ello es una característica de algunos buscadores que resulta muy valorada por los usuarios. La forma de disponer la información de cualquier esquema de búsqueda ofrece información del contenido para asistir al usuario.

6) Tanto [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar) y [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) permiten la utilización de criterios de búsqueda que eviten que en los resultados de la misma aparezca

una palabra determinada. Los dos buscadores permiten al usuario utilizar filtros a través de la utilización de la búsqueda avanzada (fs. 824)

7) Técnicamente la capacidad de filtros automáticos es posible en base al funcionamiento actual del buscador Google, y la propia demandada lo ofrece a sus usuarios. En referencia a quién determina qué palabra se desea excluir de la búsqueda (¿el usuario o el buscador en forma automática?), afirma el experto que “se remite al caso Google China, donde Google expresa que lo que se ha realizado – de acuerdo con lo ordenado por el Gobierno Chino- es la no indexación de palabras claves”.

8) El procedimiento podría ser configurado por los buscadores a los efectos de evitar que determinada palabra aparezca vinculada con otras de cualquier tipo de búsqueda, los buscadores como cualquier sitio web que posee información, ofrecen a sus visitantes medios para la obtención en forma libre de la información que requieran. Por lo tanto también es técnicamente factible que el buscador adecue la búsqueda de la información que está en condiciones de brindar evitando determinadas palabras (fs. 826).

9) Respecto del buscador [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar), si bien es engorroso encontrar la información, dispone de un método para reportar abusos..... link “derecho de autor” se accede a una página “Propiedad intelectual e industrial” que en su parte inferior izquierda presenta un link identificado como “Reportar Abusos” en la que aparecen campos para efectuar la denuncia (fs. 827/829)

10) Al momento de realizar la pericia (17-8-2009) en el buscador LYCOS

a) [www.argenchicas.com.ar](http://www.argenchicas.com.ar) el nombre de la actora solo se encontró en la solapa video con algunos sitios informando sobre los últimos videos, no se encontraron evidencias en las solapas web, imágenes y noticias.

b) [www.argentinasmfamosas.com.ar](http://www.argentinasmfamosas.com.ar) no se encontró evidencias en ninguna de las cuatro solapas: web, imágenes video noticias

c) [www.famosasyactrices.com.ar](http://www.famosasyactrices.com.ar) el nombre de la

actora se encontró en la solapa video con algunos sitios informando sobre los últimos videos de la actora. No se encontró evidencias en las solapas web, imágenes y noticias.

11) Buscador “Terra”:

a) [www.famosasyactrices.com.ar](http://www.famosasyactrices.com.ar) no se encontró evidencia de la actora en ninguna de las solapas web e imágenes

b) [www.argentinasmfamosas.com.ar](http://www.argentinasmfamosas.com.ar) el nombre de la actora solo se encontró en la solapa web con algunos sitios informando sobre su actividad. No se encontró evidencia en las solapa imágenes

Buscando el apellido Krum se encuentran sitios haciendo referencia al mismo.

c) [www.argenchicas.com.ar](http://www.argenchicas.com.ar) el nombre de la actora solo se encontró en la solapa web, con algunos otros sitios informando sobre su actividad no se encontró evidencias en las solapas Imágenes.

12) En cuanto a que informe si el nombre de la actora aparece vinculado al de las páginas web mencionadas por la actora en el expediente de medidas cautelares al realizar una búsqueda en los buscadores [www.lycos.com.ar](http://www.lycos.com.ar) y [www.terra.com.ar](http://www.terra.com.ar), indicó lo siguiente:

a) Lycos: [www.argenchicas.com.ar](http://www.argenchicas.com.ar) el nombre de la actora solo se encontró en la solapa video con algunos sitios informando sobre los últimos videos de la actora no evidencias en web, imágenes y noticias [www.argentinasmfamosas.com.ar](http://www.argentinasmfamosas.com.ar) no se encontró evidencias en ninguna de las cuatro solapas: web, imágenes video noticias [www.famosasyactrices.com.ar](http://www.famosasyactrices.com.ar).

El nombre de la actora se encontró en la solapa video con algunos sitios informando sobre los últimos videos. No se encontró evidencias en las solapas web, imágenes y noticias

b) Terra: en [www.famosasyactrices.com.ar](http://www.famosasyactrices.com.ar) no se encontró evidencias de la actora en ninguna de las solapas web e imágenes. En la búsqueda sólo con apellido Krum en [www.argentinasmfamosas.com.ar](http://www.argentinasmfamosas.com.ar) el nombre de la actora solo se encontró en la solapa web con algunos otros sitios informando sobre su actividad. No se encontró evidencia en las

solapas imágenes. Buscando solo apellido Krum se encuentran sitios haciendo referencia al mismo (fs. 843), [www.argenchicas.com.ar](http://www.argenchicas.com.ar) el nombre de la actora solo se encontró en la solapa web, con algunos otros sitios informando sobre su actividad, no se encontró evidencias en las solapas Imágenes.

13) el motor de búsqueda de [www.buscador.clarin.com](http://www.buscador.clarin.com) es la misma Tecnología utilizada por Google que éste le ha provisto el término Powered by Google, lo cual significa que la tecnología ha sido provista por la empresa Google.

14) A fs. 847/849 obran informes de consultoras como [www.geomarketing.com](http://www.geomarketing.com), que realizan este tipo de estudios en el mundo, y señalan “constatamos que las palabras relacionadas con el sexo siguen siendo las más buscadas en Internet”.

15) Una vez que el buscador elimina o suspende sitios web, éstos quedan inhibidos para accederlos, quedando a criterio del buscador, si los recupera para que sean de acceso libre. No es posible para un usuario de Internet rehabilitar sitios que hayan sido inhibidos por el buscador, adicionalmente habría que tener en cuenta lo expresado respecto de la información almacenada en cache y los tiempos de actualización de las bases de datos de los buscadores (fs. 853).

16) Al pedido de que indique en el buscador Yahoo! de Argentina SRL la cantidad de resultados que la empresa ha eliminado de sus bases de datos, señala que el total es de 146.000 sitios que incluyen el nombre de la actora. “No puedo asegurar que los sitios hayan sido eliminados por el buscador si aseguro que se alega que por razones judiciales ha suspendido el acceso a los sitios. De todas maneras para ampliar la respuesta realicé otras búsquedas muy similares (Paola-Krum o Paola Krumm) y el resultado fue distinto, ya que se obtuvo profusa información de la actora”. Adjunta pantallas con evidencia (fs. 854/857).

Concluye pues el experto en que por esta respuesta y por otras que se detallan en el informe pericial, los buscadores pueden eliminar o bloquear en sus servidores determinado tipo de información (fs. 858).

Respecto de los puntos de pericia de la codemandada Yahoo!, señala que dado el inmenso volumen de información existente en la red los buscadores resultan una herramienta casi imprescindible para la localización de información publicada.

1) La intervención humana en los buscadores se limita a la definición de la búsqueda a realizar y con qué criterio. Los buscadores efectúan las búsquedas mediante el uso de programas informáticos desarrollados con este fin específico, los resultados obtenidos como respuesta a las búsquedas son seleccionados y expuestos por el proveedor del servicio. Es importante destacar que todo el código utilizado para realizar estas tareas es diseñado y desarrollado por seres humanos (fs. 859). Los buscadores no editan manualmente los resultados que exponen como respuesta a las búsquedas (fs. 860).

2) La mera publicación de los links que se corresponden con alguna búsqueda específica, no necesariamente significa que exista algún tipo de relación comercial entre el proveedor del servicio de búsqueda y el web site expuesto entre los resultados de ésta. Existe un servicio denominado “enlaces patrocinados”, en el que a través de un pago al proveedor del servicio de búsqueda, se obtiene un posicionamiento preferencial, en los resultados obtenidos (fs. 860 in fine).

3) Existe la posibilidad de que a través de otras búsquedas realizadas utilizando otros buscadores pueda accederse a los sitios web cuestionados, a pesar que la demandada haya eliminado a los mismos de los resultados accesibles a través de su buscador (fs. 861).

4) A la pregunta si el hecho de que el buscador publique imágenes reducidas de otros sitios implica que el buscador creó, participó o publicó los contenidos obrantes en esos sitios, el experto respondió que “No podemos afirmar o negar esta posibilidad” (ver fs. 861). No puede descartarse que en algún caso específico algún sitio de los expuestos o alguna de las imágenes referenciadas por el buscador hayan sido creadas o alojadas en sus servidores como parte de otros servicios ofrecidos por la misma empresa titular de los servicios de



búsqueda.

A fs. 862 explicita la técnica Crawler (o rastreadores de la red) indicando que es una técnica de programación utilizada por el recorrido de la red Internet por algunos buscadores, que consiste en a) programas que realizan un recorrido a partir de un grupo de direcciones web iniciales, y descargan estas direcciones analizando las páginas web respectivas y revisando los vínculos hacia otras páginas web.

b) A continuación siguiendo estos vínculos descarga la información correspondiente a esas páginas continuando este proceso recurrentemente.

c) Recolectan información correspondiente a temas de interés (que son definidos en función de políticas del proveedor del servicio (precio contenido), esta información es categorizada e indexada cargándose en la base de datos del motor de búsqueda (ver fs. 862).

5) A la consulta acerca de si el hecho de que los buscadores sean obligados a controlar y seleccionar manualmente los sitios que muestran en sus resultados podría afectar el funcionamiento de los buscadores y por ende el acceso a contenidos en Internet por parte de los usuarios:

En términos estrictamente técnicos no puede hablarse de control y selección manual, más que en lo que se refiere al desarrollo de los algoritmos que utilizan para responder a las requisitorias, una vez definidos y desarrollados estos algoritmos y programas, la selección es realizadas en forma automática (fs. 865),

6) Técnicas SEO (Search Engine Optimization): consiste en ajustar la información que contiene una página para que, como consecuencia de una búsqueda, aparezca posicionada dentro de los primeros puestos, técnica utilizada en los sitios que ofrecen productos y servicios en un marco de competencia intensa. No existen fundamentos suficientes para afirmar que el uso de esta técnica por parte de los sitios pornográficos sea diferente del que pueda hacer algún otro tipo de sitio.

Si bien no existen estadísticas para sustentar

científicamente la respuesta... aquellos sitios pornográficos que utilizan las técnicas SEO utilizan referencias a mujeres famosas en sus páginas con el objetivo de acercar tráfico a sus sitios (fs. 866).

7) Es bastante habitual que existan restricciones en diversos países para la utilización de los buscadores de Internet, el caso más reciente tiene que ver con Google en China, donde fue censurado y debió adaptar sus contenidos a lo requerido por el gobierno. Similares situaciones ocurren en Venezuela, Cuba, Arabia y Vietnam (fs. 873).

8) A la fecha de realización de la pericia se indica que por orden judicial se ha eliminado esta información referida a la accionante, en la búsqueda de la solapa noticias hay dos referencias a su labor artística y en la búsqueda de la solapa respuestas hay varias referencias, pero ninguna de ellas asociada a lo cuestionado. De todas maneras, buscando el mismo nombre con alguna modificación, como el agregado de un punto o un guión entre el nombre y el apellido de la actora aparecen gran cantidad de sitios haciendo referencia a ésta y profusa información (ver fs. 873 a 887)-

9) De la revisión del sitio no surge evidencia alguna para afirmar que avale o promocióne el contenido de sitios pornográficos, y entre las facilidades de su herramienta de búsqueda avanzada de la web se ha encontrado una opción para permitir el bloqueo de contenidos para adultos que está activo por defecto (fs. 883).

10) Si bien la demandada Yahoo! ha procedido al bloqueo de las búsquedas relacionadas con la actora, al efectuar la búsqueda indica la cantidad de ocurrencias identificadas que a la fecha de realización de la constatación alcanzan a 145.000 para la búsqueda en la web. No resulta posible establecer cuántas de estas ocurrencias corresponden a sitios para adultos. De todas maneras, "como se expresó anteriormente si buscamos el nombre de la actora agregando un punto o guión aparece profusa información de la actora".

11) A la fecha (17-8-2009) se encuentran bloqueadas las menciones a la actora, de todas maneras buscando con el apellido Krum aparecen fotos

*relacionadas con la actora, no es posible asegurar que no existan más, ya que se trata de 37.000 sitios surgidos de la búsqueda.*

*También aparece profusa información de sitios en la Web (4.200.000) donde se incluyen sitios con datos de la actora mezclada con sitios que hacen referencia a otras personas (fs. 904).*

*12) Para visualizar los contenidos de un sitio que se publica dentro de los resultados de búsqueda el usuario debe ingresar al sitio del tercero (fs. 891).*

*13) El Buscador de sitios es un programa que recopila información a través de distintos algoritmos y técnicas de programación a partir de una palabra clave que se ingresa para su búsqueda, el buscador entregará una lista de páginas que contienen dicha información.*

*En el Buscador de directorio los resultados son presentados haciendo referencia a los contenidos y temática del sitio. Clasifican y ordenan la información según categorías preestablecidas, funcionan con una tecnología más económica pues no requieren muchos recursos informáticos, pero sí requieren más soporte humano y mantenimiento.*

*14) En las búsquedas realizadas con el buscador de sitios se detectaron fotos de la actora aunque la misma no pertenece a sitios pornográficos, de todas maneras es muy difícil determinar con seguridad si hay fotos en estas condiciones ya que se trata de aproximadamente 37.000 sitios (fs. 896).*

*15) A la fecha de la constatación se encontraron bloqueadas las referencias a la actora en la búsqueda de imágenes del sitio de la codemandada Yahoo!, de todas maneras buscando en forma aleatoria solo por apellido "Krum" se observaron fotos donde se indica que se trata de la actora y los sitios son de www.perfil.com y www.chicas.com y www.telenovely.org (fs. 898/900).*

*16) Si Yahoo cobra a sus usuarios para localizar imágenes o sitios con contenidos sobre la actora: A la fecha de la constatación se encontraron bloqueadas las referencias en la búsqueda por imágenes con lo que no puede determinarse si en algún momento ocurrió, en la actualidad puede decirse que no se*

*cobra (fs. 900).*

*17) En cuanto a la publicidad, a la misma fecha no aparecen publicidades en el buscador de imágenes de la codemandada*

*8) Si bien este perito desconoce la tecnología utilizada para la prestación de su servicio de búsquedas, resulta técnicamente factible determinar con un grado de precisión razonable el contenido de los links en forma previa a listar los resultados (fs. 906).*

*19) Existen diversas razones por las cuales los resultados de búsqueda pueden variar día a día y aún dentro del mismo día:*

*a) Frecuencia de actualización de los contenidos en los directorios*

*b) Dinámica de la Publicación*

*c) Filtros específicos determinados por el buscador (fs. 906).*

*20) Si Yahoo muestra dentro de los resultados del buscador imágenes en formato Caché: se realizó una búsqueda de imágenes utilizando como argumento el nombre de la actora sin obtener ningún resultado.*

*Posteriormente se realizó otra búsqueda utilizando otro argumento de búsqueda, en la misma se observa que la opción en cache, no aparece en la búsqueda por imágenes. Por último, utilizando el mismo argumento de búsqueda, se realizó una búsqueda web en la que aparece la aparece la opción cache acompaña impresiones (ver fs. 908).*

*21) Se accedió al sitio NIC Argentina verificándose que en ningún caso los sitios pornográficos cuestionados tienen como titular a la codemandada (fs. 910).*

*22) Sitios pornográficos y de imágenes: ingresando al buscador Yahoo con referencia a la actora dentro de los dominios cuestionados a la fecha de realización de la pericia no aparecen menciones, no se puede acceder a domicilio como se solicita (ver punto D fs. 910) pues es necesario contar con una orden judicial, por otra parte de acuerdo a la información obrante en NIC Argentina, acerca de este sitio, el servicio se brinda desde servidores*

radicados en el exterior.

23) Consultado sobre si esos sitios aparecen en otros buscadores, el experto informó que en Alltheweb y Lycos no aparecen menciones a los sitios cuestionados a la fecha de la realización de la verificación, en Altavista, Excite aparecen menciones de la actora, en el buscador Clarín no aparecen menciones a los sitios cuestionados. En UOL aparecen referencias a la actora, este portal utiliza el motor de búsqueda de Google. MSN no aparecen menciones a los sitios cuestionados (ver fs. 911 a 915).

24) Finalmente, acerca de si Yahoo! podría haber accedido a los sistemas operativos para modificar o eliminar los contenidos publicados (en particular los relacionados con la reclamante), respondió el perito que una situación como la descrita no es posible, porque implica acceder a sitios de terceros, el acceso a los contenidos publicados sólo puede ser limitado a nivel del Buscador (ver fs. 915).

A fs. 995 obra el pedido de explicaciones al perito informático presentado por la actora, el que es respondido a fs. 1055/1078 y a fs. 1014/ 1019 Yahoo! pide aclaración sobre puntos propuestos por las partes, escrito cuyo traslado es contestado a fs. 1202 /1258.

Responde pedido de explicaciones a la actora:

1) Informe quien determina el contenido del siguiente resultado en Google:

Videos de Paola “Videos de Paola Actriz Argentina Paola Krum Sexo en Epitafios....www.dalealplay.com/buscar/Paola-1.html- en caché-similares: precisa que no se puede verificar ya que a la fecha 19-10-2009 ha cambiado, se adjuntan nuevas versiones (ver fs. 1058).

Al pedido de ingreso a [www.dalealplay.com/buscar/Paola-1.html](http://www.dalealplay.com/buscar/Paola-1.html) indique si la descripción es Actriz Argentina Paola Krum sexo en Epitafios... sensual guapa cola, lo mismo respecto a Yahoo!, también dice el perito que a la fecha de la constatación se han modificado contenidos (ver fs. 1059) por lo que no puede verificar lo solicitado (ver fs. 1061/1064).

2) La decisión sobre la información que se incluye

en las búsquedas depende exclusivamente de los criterios que define el buscador, en general, el párrafo con la descripción de los web sites es una síntesis del contenido de las mismas, y así los muestra el buscador ante una petición del usuario (fs. 1056).

3) Tecnología Pagerank y Análisis de la concordancia de hipertexto (fs. 106771068): El buscador es quien determina la frecuencia de actualización de los contenidos en función de su política de negocio y su capacidad tecnológica. Dispone de tecnología para permitir la identificación de las páginas que luego son presentadas en su portal o al usuario ante una búsqueda específica.

La inclusión del robot txt es decisión propia del Web Site con el objetivo de ocultar o resaltar el sitio dependiendo del buscador que se trata.

El Web Master es quien diseña el Web Site, y es quien a través de dicho archivo (robot txt) puede indicar qué partes del sitio son indexables y qué robots de buscadores pueden acceder. En caso que el Web Master no incluya dicho archivo el robot del buscador considera que no hay ninguna exclusión y podrá rastrear cualquier página del web site sin excepción (fs. 1069)

A fs. 1070/1076 hace referencia a restricciones efectuadas en otros países.

4) Reconoce como error involuntario haber considerado que sólo se debe ingresar al sitio del tercero para obtener un resultado específico. La información requerida puede ser obtenida a través de otros mecanismos, tal como fuera expresado en otro punto pericial, entre otros el buscador con sus robots selecciona los web sites que luego son almacenados en las bases de datos del buscador quien los expone ante alguna requisitoria del usuario.

Además existe el llamado “cache” donde los buscadores almacenan páginas completas y desde esta memoria y sin necesidad de buscar en el sitio correspondiente (puede tener el servidor caído o la página haber caducado o incluso desaparecido) presenta el resultado al usuario ante una requisitoria (ver fs. 1077).



*Pedido de aclaraciones formulado por la demandada:*

*1) Es práctica habitual y normal que los buscadores ofrezcan mecanismos que permitan que los usuarios recomienden páginas para ser incorporadas a los directorios, la opción sugerir un sitio sigue vigente en la página principal de Yahoo! (Sugerí un sitio ver impresión de fs. 1206).*

*En las condiciones de servicio no hay información que indique al usuario acerca de evitar que sean incorporados algunos sitios (fs. 1209).*

*2) La decisión sobre la información que se incluye en las búsquedas depende exclusivamente de los criterios que define el propio buscador, con criterio discrecional determina que páginas incluye o no (ver fs. 1224).*

*3) Los dichos del letrado de la demandada evidencian un profundo desconocimiento acerca de la forma en que se obtiene el “modo totalmente automático de operación”. Al decir que “carecen de razonamiento, discernimiento, criterio o inteligencia”, parece ignorar que las computadoras son programadas para cumplir tareas en forma extremadamente veloz y automática por seres humanos (programadores), quienes en base a criterios definidos también por seres humanos (usuarios claves de negocio) logran que se comporten de la manera más conveniente para obtener los objetivos de las empresas (en el caso buscador). Justamente la forma de razonamiento, el discernimiento, el criterio y la inteligencia le son incorporados de la manera descripta por seres humanos.*

*Entre otras formas, para la incorporación de esos criterios los buscadores utilizan Crawlers también llamados Robots, Spiders, Arañas o Indexadores desarrollados por analistas y programadores humanos que a partir de ciertas técnicas de programación (algoritmos), rastrean en forma periódica la red para la obtención de páginas a incluir en sus bases de datos, así como información para publicar ante cada requisitoria de un usuario (fs. 1225).*

*4) A fs. 1226 explicita nuevamente que “Caché” es un conjunto de datos duplicados de otros que son los originales. Cuando el buscador con su robot*

*accede por primera vez a un sitio, guarda una copia de manera que los próximos accesos se harán a este back up, para evitar ingresar al sitio del tercero que publica.*

*La actualización de la copia en caché se realiza cada vez que el buscador indexa la información recolectada en la red, de manera tal que en algún intervalo de tiempo puede haber diferencias entre la página del tercero que publica y la copia en caché. La copia que presenta el buscador ante una requisitoria puede ser anterior a la actual y hasta puede darse el caso de mostrar una página cuyo sitio original esté caído o haya desaparecido.-*

*Las actuales técnicas informáticas permiten a los buscadores filtrar de manera muy concreta cualquier búsqueda y si bien no alcanzan el 100% de efectividad, pueden mejorarse continuamente para alcanzar niveles muy elevados en cuanto al filtrado de información (ver fs. 1229). Transcribe nota del diario La Nación sobre el fallo dictado en Francia, donde se verifica que los expertos manifiestan la posibilidad de filtro y una nota en USA donde Yahoo! expresa que cumplirá lo requerido por el juez francés a través del uso de un software específico.*

*A fs. 1239 el perito reitera que mediante técnicas de programación adecuadas se pueden definir filtros de búsqueda, que si bien no pueden filtrar toda la información que se cuestiona, permiten alcanzar altos niveles de eficiencia. Y esto queda demostrado con lo ya expuesto, que la demandada ha colocado filtros a las búsquedas de material nazi a pedido del juez de Francia. Para más datos actualmente el buscador demandado ya incluyó filtros que inhiben el acceso a la información de la actora.*

*5) El experto indica que “es importante detallar que al reproducir la búsqueda para realizar este informe se observó que la página correspondiente a imágenes obtenida como respuesta incluyen en su lateral superior derecho un indicador de color verde que dice filtro activado, ingresando a través del mismo se tiene acceso a una página en la que se permite activar el filtrado de determinado tipo de imágenes, lo que evidencia la capacidad técnica de la demandada para administrar la exposición de los contenidos sobre su buscador (ver fs. 1249).*

A fs. 1257 transcribe sitio “uso de información” en donde Yahoo dice que la decisión final de incluir o no sitios patrocinados es de su exclusiva discreción.

6) Con relación al nuevo link <http://help.Yahoo.com/l/aryahoo/search/search/basics18.html>, al que hace referencia el letrado de la codemandada en el nuevo pedido de aclaratoria, configura un cambio en el punto de pericia originalmente autorizado por V.S. Este nuevo link en forma directa permite arribar a las pantallas descriptas.

Principios de inclusión de sitios web: se trata de un decálogo de instrucciones para un mejor proceder de los usuarios aunque solamente a nivel informativo son “principios Yahoo” que deja al usuario en libertad de aceptarlas o no, no se trata de instrucciones a nivel técnico para evitar la inclusión de páginas que Yahoo! rechaza.

En necesario aclarar que ese nuevo link no es informado en ningún sitio Yahoo! y para arribar a dicha página es un camino tortuoso donde casi es necesario adivinar los pasos que se deben seguir ya que no hay instrucciones previas.

d) A fs. 1278/1281 obra un nuevo pedido de explicaciones de la demandada Yahoo!, que es respondido a fs. 1346 /1392

El perito explica que han transcurrido siete meses desde el inicio de esta investigación y se han observado numerosos cambios en su página. La decisión sobre la información que se incluye en las búsquedas depende exclusivamente de los criterios que define el buscador -en este caso la demandada- quien con criterio discrecional determina qué páginas incluye o no.

Pide disculpas por lo reiterativo de las respuestas “ante el fárrago de argumentaciones de la demandada, y reiteración de la mismas”, para añadir: “este perito afirma y esta página de Yahoo! lo muestra a las claras, que es posible incluir filtros a los pedidos de búsqueda y hasta es posible inhibir el acceso de ciertos sitios si el buscador así lo decide (ver fs. 1384).

Luego de efectuar una especie de resumen general a fs.1385, precisa que en cada solicitud de aclaración

siempre respondió según lo solicitado, poniendo de manifiesto que este pedido de aclaración es una reiteración de otros ya respondidos.

Hecha esta precisión, indica nuevamente “Manifiesto que los buscadores responden a requisitorias de los usuarios según patrón de búsqueda e informan las URLs encontradas, lo mismo sucede con las imágenes. Esto no implica que el buscador no tenga posibilidades de incluir filtros tanto para los nombres Paola Krum, Krum Paola o Krum o parecidos y/o cualquier otro nombre que se requiera. Adicionalmente, en función de las capacidades técnicas que posee el buscador, también puede filtrar aquellos sitios considerados pornográficos relacionados con el nombre en cuestión”.

“De hecho, desde las primeras pericias realizadas en septiembre de 2009, más aclaraciones de noviembre de 2009, el buscador -probablemente tomando sugerencias dadas por este perito- ya incorporó a su sitio principal filtros que permiten eliminar accesos solicitados por usuarios no aptos para su publicación”.

“Adjunto podrán observar la inclusión en el lateral izquierdo de un indicador en color verde que dice filtro activado, ingresando a través del mismo se tiene acceso a una página en la que se permite activar el filtro de determinado tipo de imágenes. Continuando con la investigación se observó que en la página principal de búsquedas en la web también se realizaron numerosos cambios, el principal de ellos es la aparición del icono “Search Scan” tal como surge de la imagen impresa (ver fs. 1388).

Finalmente, elabora las siguientes conclusiones (fs. 1391):

1. Las aclaraciones realizadas sobre eventos verificados en Internet más de siete meses antes, debido a la elevada volatilidad de los contenidos en esta plataforma, carecen de validez (hablar de siete meses en Internet equivalen a hablar del pleistoceno)

2. Lo requerido en el primer punto de estas aclaraciones modifica lo originalmente requerido en el punto de pericia respectivo

3. La reiteración en las argumentaciones acerca del comportamiento automático del buscador evidencian con notoriedad la necesidad de ocultar que detrás de cada instrucción que estos buscadores ejecutan en forma automática hubo un ser humano que definió la acción y un equipo de técnicos también humanos que las llevó a un código de programación capaz de ser ejecutado en forma automática por una computadora o grupos de computadoras.

El consultor técnico de Yahoo presenta informe a fs. 1311/1328. Dice que Yahoo opera en forma automática, sin intervención humana, que el servicio que brinda es automático y masivo, no existen filtros absolutos. El sistema no reconoce contenidos, en suma los buscadores se valen de la ciencia informática en el estado que se encuentra, no hay filtros semánticos, moral de verdad, de licitud, o de reconocimiento de imágenes. Reseña el procedimiento para realizar reclamos por infracción a derechos (ver fs. 1326).

Afirma que el buscador no puede eliminar la vinculación del nombre y apellido de la actora en los resultados de búsqueda, vinculadas con los sitios web, pues no es el que vincula a la actora con esos sitios sino que solamente informa la existencia de URLs que estarían usando el nombre de la actora.

Puede dejar de informar la existencia de determinadas URLs frente a búsquedas cuyo patrón se señale de antemano por ej. Paola Krum o Krum Paola pero de manera alguna puede dejar de informar URLs que mencionen a un apersona en los casos que el patrón no mencione su nombre por ej. "actrices argentinas" (ver fs. 1328).

VII.- Previo a ingresar en el análisis pormenorizado de las normas jurídicas invocadas por las partes, ha de señalarse que conforme a la regla iura novit curia los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad de hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia". (C. S. J. N., doctrina de

Fallos: 323:2456; 324:2946; 326:3050; 334:120).

El hecho de que las partes hayan planteado la cuestión invocando con acierto o no una acción determinada, no es obstáculo para que el órgano jurisdiccional supla la situación, en tanto de las actuaciones emerjan hechos jurídicamente relevantes (arg. nota art. 896, Cód. Civil), que exigen aplicar la norma que más se adecua a aquéllos.

Sin perjuicio de esta precisión previa, ha de señalarse que en lo tocante al régimen de responsabilidad aplicable a las accionadas no ha habido cambios en la posición de la accionante, que tanto en el escrito de demanda como en los agravios, con un desarrollo de mayor o menor extensión, ha invocado tanto responsabilidad objetiva como subjetiva.

Corresponde, sin embargo, encuadrar la cuestión, en primer término, en el marco constitucional, recordando que desde la perspectiva axiológica, la técnica es neutra, y son los hombres los que -en definitiva- hacen un uso bueno o malo de dichos desarrollos de la ciencia. Como consecuencia de ello, es que los hombres de Derecho, tenemos la obligación moral y ciudadana, de intentar prevenir y limitar la eventuales consecuencias negativas de estos aspectos. Y una de las maneras de establecer ciertos límites, es determinar las cuestiones que son de "orden público tecnológico", de forma tal, de establecer ciertos parámetros básicos que no pueden ser violados (Granero, Horacio R., "El Orden Público Tecnológico" [eDial.com – DC194], publicado el 21/05/2002, eDial.com DC194, compartido por Sobrino, Waldo Augusto Roberto, "La necesidad de un Orden Público Tecnológico con especial referencia a Internet; E-Commerce y el Proyecto Genoma Humano"[ eDial.com – DC95]", publicado el 18/08/2000, eDial.com DC95).

VIII.- En los casos en que se encuentran en juego diversos derechos o garantías constitucionales, el único modo de armonizarlos adecuadamente, conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es de conformidad con una escala de valores que habrá de aplicarse buscando la solución que mejor se adecue a cada caso en concreto.



Al respecto, señalaba el maestro Bidart Campos que los derechos contenidos en el cuerpo normativo de la Constitución (expresamente declarados o implícitos) admiten entre sí un orden jerárquico porque se refieren a bienes que no poseen todos igual valor, siendo lo dificultoso en cada caso, al efectuar la confrontación, decidir cuál derecho tiene más valor que otro. Si procuramos eslabonar un orden jerárquico entre los derechos personales, la tarea admite dos planos. Uno el de la Constitución Argentina, para tratar de hallar en ella qué solución ha dado el constituyente al problema, y esa solución -que sería la de nuestro Derecho positivo- puede gustarnos o no. El otro plano se mueve en la dimensión del valor puro, en el campo dikelógico, en el deber-ser ideal; y desde este plano, cabe a lo mejor afirmar que la solución de nuestra Constitución coincide con la dikelógica, o, en caso contrario, que discrepa (Bidart Campos, Germán, “¿Hay un ‘orden jerárquico’ en los derechos personales?”, ED, 116-800).

Entiende que la gradación escalonada guarda estrecha vinculación entre cada derecho y el bien jurídico o el valor que está comprometido en ese derecho y por ello, la vida vale más que la propiedad, el honor y la dignidad personales valen más o son bienes más valiosos que la expresión o la comunicación social. La preferencia remite de alguna manera a la categoría que, a veces teóricamente y otras en el texto de las Constituciones, se suele llamar de los “derechos inherentes” a la persona o a la naturaleza humanas o de los “derechos inalienables”. De algún modo, ello no es ajeno a las categorizaciones de los derechos a los que una Constitución asigna directamente “aplicación inmediata” (Bidart Campos, Germán J., “Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Bs. As., 2000, Tomo I-A, p. 728).

Tal como sostuviera en mi voto en autos “B., J. A. c/ LS 86 TV canal 2 y otros s/ medidas precautorias” (24/6/2005, Expte. N° 34.978/05), comparto la propuesta hecha por Miguel Ángel Ekmekdjian, quien opinaba -antes y después de la reforma constitucional de 1994- que, aunque la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias sostenían que todos los

derechos civiles reconocidos por la Constitución tienen igual jerarquía y que la interpretación debe armonizarlos cuando aparecen contraponiéndose, este es un criterio simplista.

El derecho subjetivo es un medio de brindar protección jurídica a un valor que, por definición, es un fin en sí mismo. Por ello, si aceptamos que los derechos individuales son accesorios de los valores a los que protegen y que los valores están ordenados jerárquicamente, debe concluirse que los derechos individuales también están ordenados jerárquicamente de acuerdo a la ubicación que tenga en la escala axiológica el valor (interés) que cada uno de ellos está destinado a proteger. Existe entre ambos (derecho-interés protegido) una relación de medio a fin (Ekmekdjian, Miguel Ángel, “De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles”, E.D. 114-945 y E.D., 119-937).

Así, sostenía el prestigioso constitucionalista que los derechos personales tienen jerarquía superior a los patrimoniales, ya que los segundos dan una infraestructura económica destinada a posibilitar la realización de la persona humana, es decir de los primeros. A tal punto esto es así que los derechos patrimoniales pueden ser renunciados por el titular, en cambio los derechos personales, en principio, no.

Aun dentro de los derechos personales, deben distinguirse los “derechos personalísimos” privativos de la persona física, como son: el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la dignidad y respeto, etc., de los restantes derechos de contenido no patrimonial. Los primeros están en una relación jerárquica superior a los segundos. De igual manera, el derecho a la información está por encima de los otros derechos personales, teniendo en cuenta que la libertad de prensa es prerequisite indispensable para que los restantes derechos puedan ser ejercidos.

Ya en el año 1985, sostenía que era posible esbozar un ordenamiento jerárquico de los derechos civiles, según el cual, a medida que se desciende en la escala jerárquica, es mayor la intensidad de las restricciones que puede sufrir el derecho, por parte de las leyes que reglamenten su ejercicio, y

viceversa., proponiendo la siguiente clasificación:

1º) Derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia.

2º) Derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la intimidad, a la educación.

3º) Derecho a la información.

4º) Los restantes derechos personalísimos (nombre, domicilio, etcétera).

5º) Los restantes derechos personales, en primer lugar los “derechos-fines” y luego los “derechos-medios”.

6º) Los derechos patrimoniales.

La aceptación de ese orden jerárquico trae como consecuencia, además, que en un conflicto entre dos o más personas titulares de derechos de distinto rango, debe darse preferencia a aquella cuyo derecho tiene un rango superior. Así vgr. si en una causa existe un conflicto entre el derecho a la dignidad del hombre (grado 1º) y el derecho a la información (grado 3º) obviamente la sentencia debe privilegiar al primero (Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Jerarquía constitucional de los derechos civiles”, L. L. 1985-A, 847, reiterado y ampliado en “El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales”, pags. 11/25, en la excelente obra “Los valores en la Constitución Argentina” coordinado por Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, pág. 9, Ediar, 1999).

Recientemente ha señalado Basterra que por lo general, el conflicto de derechos se plantea entre dos partes con intereses contrapuestos, y que la mayoría de la doctrina tradicional aborda el tema desde una óptica de derechos antagónicos, argumentando que es inevitable que los derechos colisionen unos con otros, dado que los límites entre éstos son imprecisos y vagos. Por consiguiente, se torna necesario hacer prevalecer uno de éstos, postergando al otro; elección que tendrán que realizar los jueces ante el caso concreto, para determinar en definitiva, qué derecho debe sacrificarse y cuál ponderarse.

No obstante, según la autora citada, “la disputa no requiere de mayorazgos a fin de lograr una

solución, dado que al finalizar cada contienda todos los derechos permanecen en un mismo pie de igualdad. Ahora bien, así como no hay derechos absolutos, tampoco hay liderazgos permanentes. En algunos casos, se privilegia un derecho sobre el otro, pero esta elección solamente indica una tendencia, es decir, un criterio único aplicable al litigio correspondiente” (Basterra, Marcela I., “Principio de autonomía personal y muerte digna”, La Ley, 08/06/2012, pág. 3).

Aún con este limitado alcance, ninguna duda cabe que a la hora de buscar la solución justa la única alternativa viable es analizar los derechos en juego con una visión que tenga en cuenta los valores en juego.

En la doctrina de la Corte Suprema también ha tenido recepción la relevancia de los principios axiológicos a fin de resolver los conflictos interpretativos que pueden plantearse entre diversas normas.

Así, reiteradamente ha sostenido el Máximo Tribunal que cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados en otro de rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento normativo. De lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (confr. doctrina de Fallos: 234:482, 302:1284, reiterada en innumerables ocasiones: C.S.J.N., 12/09/1996, “Bramajo, Hernán J.”, Fallos 319:1840, Idem., 05/04/2005, “Terzy, Febo U. c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 328:825 y voto del Dr. Zaffaroni en “Dirección General Impositiva c. Llámenes S.A.”, del 06/11/2007, Fallos 330:4749,

L.L. 2008-A, 173).

*La actividad judicial no importa la aplicación de reglas aisladas en forma mecánica, sino que requiere también el cumplimiento de los valores plasmados por diversos principios del sistema jurídico que, muchas veces, se encuentran en tensión. Esto implica que el dictado de una sentencia supone una tarea de ponderación por parte de los jueces y el resultado de esta actividad debe -como todo acto estatal- ser razonable y proporcionado. “En otras palabras, las decisiones judiciales deben valorar en forma equilibrada los hechos del caso, así como las normas y principios jurídicos en juego, y resolver las tensiones entre ellos mediante una ponderación adecuada que logre obtener una realización lo más completa posible de las reglas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico” (voto del Dr. Petracchi, in re “Thomas, Enrique c. E.N.A.”, 15/06/2010, considerando 10), L. L. 2010- E , 357).*

*En particular, ha tenido que intervenir en numerosos casos en los que se ha planteado la colisión de derechos de raigambre constitucional en casos concretos debiendo resolver cuál era el derecho prevalente, atendiendo justamente a pautas valorativas.*

*En una interesante ponencia presentada por la Dra. Gabriela Antonia Paladin en el reciente Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 2011, Comisión 1, “Jerarquía y prelación de los principios procesales”), señaló la autora en relación con este tema que “mientras la colisión o conflicto entre reglas contradictorias se dirime por la declaración de invalidez de una de ellas o ya por la introducción de cláusulas de excepción fundadas en principios superiores, la colisión o choque entre principios o valores, que enfrenta en tensión dos o más derechos fundamentales concurrentes, en cambio, ha de resolverse no mediante el desplazamiento de uno de ellos sino a través de su conciliación y armonización”, referenciando algunos de los casos en que la Corte Suprema debió intervenir resolviendo tales tensiones mediante el establecimiento en el caso concreto de una escala valorativa entre*

*derechos constitucionales (ejemplifica con los casos “Halabi”, “D. P. V., A. c. O., C. H.” y “Campillay”).*

*El Dr. Saux, por su parte, afirma que es un hecho de la realidad que en los tiempos que corren, la priorización y la tutela constitucional de los derechos humanos (y, dentro de ellos, de los derechos personalísimos), ha generado un nuevo tipo de conflicto hermenéutico, en particular en aquellos casos en los cuales la controversia traída a decisión enfrenta derechos, principios o valores, normalmente extrasistémicos, vinculados a ellos. En estos casos, en que la pauta de sustento del derecho invocado va más allá de su mera consagración normativa, se abre el fecundo campo del análisis valorativo entre derechos de rango equivalente, admitidos constitucionalmente como garantías, lo que lleva al intérprete “a un ámbito particularmente delicado y feraz en facetas y matices propios”.*

*También este autor analiza diversas hipótesis conflictuales que se plantearan en otros antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema (“T., S., c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, “Bahamondez”, “Baricalla de Cisilotto c. Gobierno Nacional s/amparo”), y en casos resueltos por otros tribunales, y efectúa una valiosa reseña de posiciones doctrinarias relativas al tema, referenciando las opiniones de Padilla, Rosatti, Barcesat, Sagüés, Lorenzetti, Arazi, Alexy y otros autores y catedráticos de similar prestigio, a cuya lectura cabe remitir (Saux, Edgardo I., “Conflicto entre derechos fundamentales”, L. L. 2004-B, 1071 y citas).*

*Por otra parte, si cotejamos los derechos garantizados en la primera parte de la Constitución Nacional y en el Pacto de Costa Rica, podemos observar que, con mayor o menor alcance, son prácticamente los mismos. Son derechos de los llamados de la primera generación, salvo los derechos sociales incorporados en el art. 14 bis, cuyo paralelo sería el art. 26 de la CADH (González Campaña, Germán, “La Corte reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional (¿Sigue siendo Suprema?)”, L. L. 2005-B, 801).*

*En el resguardo del sistema de derechos, la convencionalidad sumada a la constitucionalidad*



*refuerza la tutela de la supremacía de los derechos fundamentales cualquiera sea la fuente, interna o externa, y la dimensión protectoria se amplía incluso a las interpretaciones formuladas por órganos jurisdiccionales internacionales en asuntos en los cuales nuestro país no ha sido parte.*

*De modo pues, que sobre la base de un criterio axiológico se analizarán las cuestiones propuestas a decisión, tomando en consideración tanto la doctrina de nuestro Máximo Tribunal como la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que constituye una imprescindible pauta de interpretación para los tribunales nacionales.*

#### *IX.- Derecho a la dignidad humana*

*La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció expresamente, aún antes de la modificación de nuestra Constitución Nacional, que entre los derechos amparados por el art. 33 “se halla evidentemente, el derecho a la dignidad humana” (caso “Sejean c. Zaks de Sejean”, del 13 de noviembre de 1986, Fallos 308: 2268, L. L. 1986-E, 648).*

*También afirmó por entonces que “la información difundida puede afectar la dignidad, la honra o la reputación de una persona y sus más profundas convicciones y la justicia tiene el deber de permitirle defenderse con inmediatez y eficacia. Se trata de una garantía para la efectiva protección de la dignidad humana, de la que forman parte la honra, la reputación y la privacidad afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de una publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión (arts. 14, 1° y 3°, Pacto de San José de Costa Rica) (C.S.J.N., 07/07/1992, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 315:1492).*

*La noción de dignidad de la persona, relativamente nueva en la teoría jurídica, ha ingresado de modo expreso al derecho constitucional argentino a través de su incorporación en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Sin embargo, esta incorporación, por así decirlo, de un principio ético y filosófico en el derecho positivo no está exenta de dificultades, por cuanto es mucho más fácil*

*aprehender la dignidad intuitivamente como noción cultural que precisarla como paradigma jurídico (De Lorenzo, Miguel Federico, “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, L. L. 2011-E, 1258).*

*A partir de dicha reforma, deben tenerse en cuenta los Tratados incorporados en el inc. 22 del art. 75 de nuestra Constitución. En tal sentido, encontramos expresiones concretas que aluden a la dignidad en:*

*a) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su primer considerando cuando dice: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana...” y en su Preámbulo: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por la naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”;*

*b) la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo Preámbulo dice: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” y en el art. 1°: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente unos con los otros”*

*c) la Convención Americana de los Derechos Humanos en su art. 5 inc. 2° dispone: “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” y en el art. 11 inc. 1: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; el art. 11 incs. 2° y 3° afirma que ninguna persona puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, su familia, domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

*d) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en el art. 7°, inc. ii): “Condiciones de existencia digna para ellas (personas) y sus familias...” y en el art. 13 “... la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su*

dignidad... “;

e) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 10 alude al: “respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”;

f) la Convención Contra la Tortura y otros tratos o penas Crueles, Inhumanas o Degradantes en su Preámbulo establece que los derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana y

g) la Convención sobre los Derechos del Niño expresa en su Preámbulo: “... Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para la vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular, en el espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”).

En este orden, ha sostenido nuestra Corte Suprema que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece en su última parte que aquéllos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente; no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. Las cláusulas constitucionales y las de los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente (v. doctrina de Fallos 319:3148, cons. 20, 21 y 22; 321:885; 322:875; 323:4130; 324:2895, 330:3685, entre muchos otros).

A diferencia de otras legislaciones, en el régimen argentino no existe aún una regulación sistemática

en la materia, si bien se coincide en afirmar la raigambre constitucional de estos derechos, ya que la ausencia de mención expresa no importa desconocimiento o negación de los mismos. Tal interpretación constituiría una reducción grave al alcance del art. 33 y desconocer la fundamentación iusnaturalista del derecho constitucional argentino (Salvadores de Arzuaga, Carlos (“Dignidad, intimidad e imagen: La cuestión constitucional”, L. L. 1998-D, 39).

Señala el mismo autor, en la nota citada, que toda persona tiene derecho a la dignidad, pues la persona es un valor en sí mismo y de allí derivan derechos como la intimidad, la imagen, la identidad, el honor, etc., que en definitiva protegen su realización. Siguiendo las derivaciones del concepto de dignidad, también se traduce en la libre determinación de toda persona para desarrollar acciones u omisiones que considere consecuente con las elecciones que efectúa.

La generalidad de nuestra más autorizada doctrina coloca a la dignidad humana en rango superlativo o de preferencia, es el caso de Bidart Campos, para quien la dignidad humana comprende o participa en los demás derechos en cuanto todos los derechos humanos remiten a la dignidad personal, por lo que el derecho a la dignidad se manifiesta en todos los derechos en mayor o menor medida, según el contenido y su índole (Bidart Campos, Germán J., “Teoría General de los Derechos Humanos”, ps. 72 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991).

Para Colautti la dignidad es un presupuesto de todos los demás derechos, sin perjuicio de reconocerle autonomía (Colautti, Carlos, “Derechos Humanos”, p. 123, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995). Sagüés la ubica en el derecho a la condición humana, junto con los derechos a la vida, a la integridad corporal y psíquica, a la salud, al nombre, a la nacionalidad y a la propia imagen (Sagüés, Néstor P., “Elementos de Derecho Constitucional”, t. 2, p. 37, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993), en tanto que Ekmekdjian entiende a la dignidad como fundamento de todos los derechos individuales y al ordenarlos jerárquicamente coloca al derecho a la dignidad y sus derivados (libertad de conciencia,

intimidación, defensa, etc.) sobre el derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y sociológica, etc.). (Ekmekdjian, Miguel A., “De nuevo sobre el Orden Jerárquico de los Derechos Civiles”, ED. 114-945).

Tal como señala Cifuentes, es un mérito destacable de la reforma constitucional brindar tutela a la persona sin posibilidad ahora del desconocimiento jurisprudencial de los valores, derechos y principios que esos tratados establecen, dándoles estructura constitucional, llenándose así vacíos que nuestro orden jurídico padecía (Cifuentes, Santos, “Derechos personalísimos”, pág. 227, Astrea, ed. 1995).

En efecto, a partir de la reforma constitucional, La Corte Suprema ha hecho referencia en numerosas ocasiones a la dignidad de la persona humana, en relación con materias tan diversas como cuestiones relativas al derecho laboral, al derecho penal, al interés superior del niño, etc., lo cual resulta coherente con el fuerte impacto producido en nuestro derecho constitucional a partir de la incorporación del derecho convencional. Se mencionarán algunos precedentes sólo para evidenciar hasta qué punto la referencia al derecho a la dignidad reviste características preeminentes en la actual jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

1) Así, in re “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.”, (07/12/2010, Fallos 333:2306) ha afirmado que la actividad humana resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A., Fallos: 332:2043, 2054). Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos “naturalmente entrañables” (Madorrán, Fallos: 330:1989, 2004).

Asimismo, ha sostenido que el fundamento definitivo de los derechos humanos es la dignidad de la persona, haciendo referencia a la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, “máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado” (Aquino, cit., p. 3778, y Madorrán, cit., p. 2004).

El decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen todos los textos internacionales, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit., p. 2004). Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorrán, cit., p. 2004). Ya el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”: el “principio de favorabilidad” (Fallos: 289:430, 437; asimismo: Fallos: 293:26, 27)

Si la persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, “aun” cuando la violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.1), a fortiori, dicho recurso también corresponde si la comisión proviene de personas privadas (Vasak, Karel, “Les principes fondamentaux d’interprétation et d’application des Droits de l’homme”, en Boutros Boutros-Ghali Amicorum discipulorumque liber, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 1425, a propósito de análoga norma — art. 13— contenida en la Convención Europea de Derechos Humanos). “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad” (Kot, cit., p. 299). El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de Reynoso, Nilda



Noemí c. I.N.S.S.J.P., Fallos: 329:1638; Mosqueda, Sergio c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, Fallos: 329:4918, y Aquino, cit., p. 3766 y su cita) (C.S.J.N., 07/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A.”, Fallos 333:2306).

2) Reiterando la doctrina sentada en “Aquino” (21/09/2004), el Máximo Tribunal reafirmó que “El hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador, prohibidos por el principio “alterum non laedere”, deban ser indemnizados en los términos del artículo 39, inciso 1, de la ley de riesgos del trabajo, que excluye la vía reparadora del Código Civil, vuelve a dicha norma contraria a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo. La dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, sino que resulta intrínseca e inherente a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo. Dicha norma es inconstitucional, “en cuanto importa un franco retroceso de la reparación integral resulta contrario al principio constitucional que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana” (C.S.J.N., 30/10/2007, “Otero de Cufre, Sara Beatriz c. Avícola Capitán Sarmiento S.A. y otro”).

3) Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana (“Aquino”, voto de la jueza Highton de Nolasco y C.S.J.N., 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, Fallos Corte: 332:709).

4) De la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente (C.S.J.N., 13/03/2012, “F.,A.L. s/ medida autosatisfactiva”, La Ley Online AR/JUR/1682/2012).

5) Los derechos esenciales de la persona humana —relacionados con su libertad y dignidad— comprenden al señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentes, que, en cuanto tales y en tanto no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, gozan de la más amplia protección constitucional que llega —incluso— a eximirlos de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional)(C.S.J.N. 01/06/2012, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias”, L. L. 08/06/2012 , pág. 4, voto del Dr. Fayt).

6) Desde antiguo este Tribunal ha sostenido que “el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad...” (Fallos 289:430) (C.S.J.N., 04/09/2007, “R. A., D. c. Estado Nacional”, Fallos 330:3853).

7) La Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación

de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos efectuó consideraciones destinadas a asignar contenido sustantivo al concepto de “interés superior del niño”, al afirmar que “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (conf. Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cap. VII, punto 56) (C.S.J.N., 16/08/2011, “V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera”, Fallos 334:913, L. L. 2011-E, 35 y 394, reiterado en L. L. 2011-F, 134).

8) Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene norma alguna sobre las condiciones de reclusión, ello no le ha impedido a la Corte Europea de Derechos Humanos juzgar, mediante una interpretación constructiva, que el art. 3º del citado instrumento “impone” al Estado el “aseguramiento” de que dichas condiciones resulten compatibles con el respeto de la dignidad humana (Kudla c. Pologne, sentencia de 26-10-2000, Recueil 2000-XI, párr. 94). La dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso. Esta postura seguida desde el precedente “Dessy” (Fallos: 318: 1894), sobre el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, se ha mantenido en otros precedentes (Fallos: 327:388 y 328:1146).

Justamente en la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos —La Habana, Cuba, 1990— se estableció como regla elemental que el ser humano no pierde su dignidad por estar privado de su libertad; es que con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos ellos, sin distinción alguna, siguen gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales

reconocidos en los documentos de protección nacional e internacional de los derechos humanos (C.S.J.N. 01/11/2011, “Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación”, L.L. 2011-F, 143 y 2012-B , 543).

Fácil resulta advertir, a la luz de lo expuesto, que el valor “dignidad de la persona humana” debe tener una consideración especial en cualquier análisis que se realice en el marco de nuestro actual derecho constitucional. Ello nos conduce a definir algunos de los aspectos de este derecho básico en forma particularizada, y que son los que —a mi criterio— han sido específicamente afectados.

#### X.- Derecho al honor

A) Si definimos el honor como “dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma”, en él quedan comprendidos dos aspectos: por un lado la autovaloración, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y la de su familia (honor subjetivo, honra o estimación propia); y por otro, el buen nombre y la buena reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia que se trate, dentro del marco de sociabilidad del ser humano (honor objetivo, buen nombre, reputación o fama (Rivera, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil”, t. II, p. 109, Buenos Aires, 1993).

Por ello, se ha afirmado normalmente que el honor reconoce dos dimensiones: subjetiva y objetiva. La primera, es la estimación que toda persona posee de sus cualidades o atributos, que se refleja en la conciencia del propio sujeto y en la certeza o seguridad en su propia estima y prestigio. Este concepto del honor, en cuanto corolario de la personalidad, se exterioriza y ofrece un ámbito que los terceros deben respetar. Desde el punto de vista objetivo, es la suma de las cualidades que los terceros atribuyen a una persona, que se encuentran íntimamente ligadas a los roles que cumple en el aspecto familiar, social y profesional. (conf. Cifuentes, Santos, “Derechos Personalísimos” cit., p. 455 y sigtes.; Zannoni, Eduardo, “El daño en la responsabilidad civil”; p. 353).

*Aún antes de la reciente reforma del Código Penal (ley 26.551), que acotó aún más las conductas típicas abarcadas por los delitos de calumnias y de injurias, ya señalaba Cifuentes que la ley represiva quedaba corta en el objetivo de brindar amparo jurídico amplio al honor, para preservarlo de cualquier tipo de ataque, resguardando plenamente su integridad.*

*“He ahí la necesidad de que la rama civil del derecho asuma un rol preponderante, extendiendo la tutela a todas las contingencias, con una clara orientación de amparo a la persona, y a sus más sensibles y estimadas modalidades. Ello se logra no sólo sentando un principio general normativo que haga profesión de fe en el resguardo de un verdadero derecho como ahora surge de la Constitución, sino estableciendo al tiempo los medios de tal protección y las sanciones correspondientes” (Cifuentes, “Derechos...” cit., pág. 455).*

*Como se señalara, el Código Civil no contiene una regulación específica de protección del derecho personalísimo del honor, salvo las disposiciones de los arts. 1089 y 1090. Sin embargo, éste puede verse afectado no sólo a través de los delitos de calumnias e injurias, sino que en numerosas oportunidades puede existir la lesión que resulte de un acto meramente culpable o del ejercicio abusivo de un derecho, como es el de informar o el de la creación artística.*

*B) En tal sentido, la tutela que la ley civil brinda es más amplia que la emergente de los supuestos tipificados por el Código Penal, toda vez que procede la reparación de los daños provocados por conductas que atacan al honor aun cuando no encuadren en el tipo penal. Así, en este último se requiere que exista “animus injuriandi”, es decir la intención maligna de ofender, para que se consuma el tipo delictivo. En cambio, en materia de responsabilidad civil la conducta culposa o aún riesgosa, que desacredita o deshonra, genera obligación de indemnizar (C. N. Civ., esta Sala, 21/10/2008, P. J. L. c. P. de C. C. S.A. y otros s/daños y perjuicios”, ED, 231-75; Idem., id., 28/09/2009, Expte. N° 101.903/2005 “Ochoa, Raúl Vladimiro c/ Recoletos Argentina S. A. s/ daños y perjuicios – ordinario” ED Digital (62205);*

*Id. Id., 15/02/2011, Expte. N° 88.484/2000 “Román Hontakly, César Adrián c/ Hechy, Marta Susana y otros s/ daños y perjuicios”).*

*El ataque al honor que genera obligación de responder comprende cualquiera de los dos elementos de ese derecho personalísimo, sin atender a las particulares circunstancias individuales y con abstracción de las cualidades morales, sociales o profesionales del afectado (conf. Zavala de González, “Responsabilidad civil y penal en los delitos contra el honor”, JA, 1980-I-755).*

*En el mismo sentido, se ha sostenido que desde el punto de vista del reconocimiento de un derecho personalísimo sostenido en las ramas civil y penal, carece de trascendencia la clasificación en honor objetivo y subjetivo (honor y honra), pues la lesión a uno u otro aspecto daña a la persona misma (Cifuentes, “Derechos...” cit. pág. 456).*

*C) El honor, entendido en su concepción objetiva como reputación de la que gozamos frente a los demás, y en su versión subjetiva como autoestima o conciencia de nuestro propio valor, supone un ámbito de respetabilidad para la persona, que lleva a impedir o sancionar como materialmente ilícito todo ataque que no aparezca justificado por un interés preponderante. Dicho con otras palabras, la afectación del honor ajeno, en cuanto intromisión en la esfera jurídica de terceros, debe reputarse contraria al orden social y por ende antijurídica, salvo que medie causa de justificación (Conclusiones de las Jornadas de Responsabilidad Civil por Daños en homenaje al profesor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990; Salvatori Riviriego, Gustavo Jorge, “El factor de atribución de responsabilidad civil por acusación calumniosa o culposa”, L. L. 1997-F, 436-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 841).*

*Por otra parte, la tutela del honor no plantea problemas frente a imputaciones falsas, pues nadie debe ser gratuitamente agredido con una mentira o una inexactitud que afecta su estima o reputación (Zavala de González, Matilde, “Prueba de la verdad de injurias o calumnias”, L. L. 10/09/2010, 1).*

*D) En un interesante trabajo, sostiene Lorenzetti que*



*la doctrina admite, con cierta unanimidad, que en responsabilidad por daños hay una norma general que no es exclusiva sino inclusiva. Ello insufló el concepto de antijuridicidad material, permitiendo el resarcimiento de una serie abierta de actos ilícitos que excede la legalidad, pero que introduce, sin embargo, la dificultad de distinguir los perfiles de lo ilícito.*

*Una técnica consiste en identificar “antijuridicidad” con “dañosidad”. Todo daño es reparable, conforme se desprende del análisis del principio general de no dañar a otro, que se encuentra implícito en el art. 1109 del Cód. Civil, tomando en cuenta el daño como centro generador de responsabilidad civil. Ello produce una serie abierta de ilícitos, cuya limitación pasa por comprender que lo que afecta el concepto de “antijuridicidad genérica” es la tipicidad, es decir, que permite la reparabilidad en supuestos de hecho no nombrados por el legislador. Pero ello no exime de la presencia de los diversos presupuestos de responsabilidad, ya que deben darse todos los presupuestos del deber de reparar.*

*De modo entonces, que hay un sistema de normas generales de responsabilidad que abarcan supuestos de hecho descriptos legalmente y otros que no lo están, pero a los que siempre deben aplicársele los principios generales. Esto nos lleva a adoptar la distinción entre hechos ilícitos típicos y atípicos. La atipicidad surge del caso y de su comparación con la norma. Los principios no surgen del caso, sino del proceso de autointegración del ordenamiento jurídico, que mediante la analogía y los principios generales del derecho pretende conformar su plenitud y que encuentra recepción en el art. 16 del Cód. Civil.*

*Con mayor amplitud, la lesión del honor formulada culposamente constituye un cuasidelito y es fundamentalmente atípica. Hay un hecho ilícito atípico cuando la conducta exhibe una contrariedad con el principio de no dañar a otro y no hay descripción específica del injusto.*

*En este caso, hay responsabilidad civil cuando son aplicables los presupuestos generales del deber de reparar, los que deben relacionarse con el caso mediante los principios de la analogía a fin de*

*integrar la plenitud del ordenamiento jurídico.*

*Así, sostiene el citado autor que en la lesión al honor cuasidelictual hay una antijuridicidad genérica y una imputación subjetiva basada en la culpa de apreciación estricta. La existencia de daño causado culposamente es causa fuente de obligaciones indemnizatorias, en este caso a tenor de los arts. 1109 y 1078 del Cód. Civil (Lorenzetti, Ricardo L., “Daños y perjuicios causados al juez por la promoción de juicio político”, L. L. 1991-E, 59 y Responsabilidad Civil- Doctrinas Esenciales Tomo IV, 827; C. N. Civ., esta Sala, 15/02/2011, Expte. Nº 88.484/2000 “Román Hontakly, César Adrián c/ Hechy, Marta Susana y otros s/ daños y perjuicios”).*

*E) Si bien este desarrollo teórico, en su mayor parte, fue realizado a partir de situaciones diversas a las de autos, planteadas entre particulares o entre éstos y los medios de prensa, no cabe duda acerca de su aplicabilidad en el caso, por cuanto la vinculación de la accionante a páginas de contenidos pornográfico o de servicio de “escorts”, aun cuando no haya sido efectuada con la intención específica lesionar su honor, sino muy probablemente con la finalidad de que la notoriedad de su nombre atraiga al internauta hacia los sitios respectivos, sin duda ha ocasionado tal resultado en grado superlativo.*

*Más allá del grado de sensibilidad individual frente a diversos estímulos externos, se da en el caso una circunstancia sumamente clara y determinante, en la medida en que en el caso particular de la accionante el indebido uso de su nombre y de su imagen afectan su respetabilidad.*

*F) Señala con absoluta claridad Cifuentes que suele ocurrir que a través de derechos o atributos que van unidos a la persona de modo íntimo, que la prefiguran con total singularidad, representando lo que de suyo tiene en lo individual, pueda perturbarse el derecho al honor. “Todo derecho personalísimo puede verse vulnerado sirviendo de medio otro derecho personalísimo, ya sea que cuadre en la integridad física, en la integridad espiritual o en la libertad, o sirviendo de medio cualquier otro derecho no personalísimo, y aun ni siquiera con calidad extrapatrimonial, o bien un atributo de la persona”.*

*El honor, muy particularmente, puede verse comprometido por los signos distintivos señalados, utilizados como vehículo adecuado para la lesión, por cuanto ellos señalan a la persona –a ella misma o a sus obras- con estrecha ligadura personal, y el honor es un bien interior, confundido con la persona, pero que además alarga su naturaleza al denominado “buen nombre”, que es la celebridad, el renombre social del ser individual ... más aún si se usa el elemento identificador, como el seudónimo o el nombre, de modo que se turbe la estima y la respetabilidad que corresponde (Cifuentes, “Derechos personalísimos” cit., pags. 486/487, y antecedentes allí referidos).*

*Esto es lo que indudablemente acontece en el caso de autos, donde mediante el uso indebido del nombre y de la imagen de la accionante ésta resulta asociada a pornografía y prostitución.*

*G) El derecho a la identidad se distingue claramente del derecho al nombre o a la exactitud de los datos del registro civil. Estos hacen sólo a la existencia material y a la condición legal del sujeto; mientras que la identidad alude al patrimonio cultural, político, social, religioso e ideológico del sujeto (Rivera, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Tomo II”. Ed. Abeledo-Perrot. Bs. As., 1993, pág. 116).*

*En el mismo sentido, se ha sostenido que el contenido del “derecho a la identidad” comprende diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, una faz estática que se refiere al origen genético-biológico de la persona y una faz dinámica configurada por lo que constituye el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico-existencial (Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, “Derecho a la identidad”, L. L. 2005-F, 963, citando las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 25 al 27 de septiembre de 1997). Comisión N° 1: Parte General - Identidad Personal, Propuesta aclaratoria del doctor Cifuentes, aprobada por mayoría (21 votos) y con la disidencia del doctor González del Cerro).*

*El derecho a la identidad se refiere a los modos de ser culturales de cada uno. Depende del dinamismo de la vida en su apariencia ante los otros. Se autocrea*

*y puede modificarse si se cambian las vivencias personales, las ideas políticas, religiosas y estéticas, hasta las costumbres y hábitos (Cifuentes, Santos, “Derechos personalísimos”, Ed. Astrea, 1995, pág. 610). Por ello, la identidad personal no puede prescindir de los aspectos sociales del hombre, ya que se tiene en cuenta un conjunto de conductas referidas a la actividad pública de una persona, que apuntan a su proyección social, al aspecto de la persona que se proyecta al exterior, que se somete objetivamente al conocimiento de los demás, que se hace público. (Gutiérrez, Delia M., “El derecho a la identidad y sus límites”, L. L. 1999-A, 374).*

*La vinculación entre identidad personal e imagen física se debe, en primer término, a la unidad esencial y de fundamento que presentan los derechos de la persona, en cuanto ambos derechos tutelan sólo fracciones o manifestaciones particulares de un mismo ente, como es el ser personal, protegen aspectos de una misma y sola realidad. La imagen tiene que ver con la “identificación” del sujeto, con la identidad estática, mientras que la identidad personal es dinámica. Tal vinculación esencial hace posible que no sean escasas las situaciones en las que se produce una aparente superposición de las dos figuras jurídicas. Ello ocurre cuando la imagen es el ocasional vehículo mediante el cual es dable lesionar la identidad personal. La facilidad con la que la imagen es aprovechable como instrumento a través del cual se puede lesionar otros bienes de la persona ha hecho que durante un largo tiempo no se esclarecieran debidamente sus linderos conceptuales en relación con los otros derechos de la personalidad (Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, pags. 140/141, ed. Astrea, 1992).*

*Sostiene el mismo autor que “... en el lenguaje ordinario se suele utilizar la expresión “imagen” tanto para referirse a la imagen que podemos designar como física, al contorno exterior y corporal de la persona, como a la proyección social de la personalidad. Se trata, en este último caso, de lo que se conoce generalmente como la “imagen social” de la persona... el dato constante y permanente en lo que atañe a la tutela de la identidad es el referido*

a la protección y el respeto de la verdad, la misma que puede ser alterada por diversos medios, entre los cuales se encuentra la ilícita reproducción de la imagen de la persona” (Fernández Sessarego, ob. cit., pags. 149/150).

Resulta adecuado aquí recordar otro trabajo del Dr. Cifuentes en el que expresa:

“Hay que diferenciar tres derechos de las personas, de carácter espiritual, que tienen aristas singulares y que en el caso en estudio fueron motivo de estudio y juzgamiento. Por un lado, el de la intimidad, cuya violación se produce mostrando a terceros lo que sólo es de la persona (right to be let alone), que no quiere darlo al público a pesar de que se trata de realidades que le pertenecen en cuanto tal. En este caso el vehículo de la ofensa puede ser el retrato.

Por otro, el de la imagen, que íntima o no es la mera revelación representativa de la persona, la que figurativamente la señala o identifica, la cual puede ser ofendida sin afectar la intimidad. Finalmente el de la identidad, que es un conjunto de condiciones y caracteres que la ubican en tiempo y lugar, identificándola también pero espiritualmente y dando cuenta de su ser, y cuya ofensa asienta en su alteración o negación. Éste, a diferencia de los otros dos, requiere para su respeto que no se lo falsifique, mientras que aquéllos hacen hincapié en la difusión no querida de la realidad o verdad. Es posible admitir la publicidad de aspectos privados, lo que no implica ceder al mismo tiempo la imagen ni la identidad, esta última para que se distorsione o falsee.

Bien se advierte entonces que la facultad de utilización de unos de tales derechos, no da facultad para avasallar o apropiarse de los demás. Hay que tener en cuenta que su naturaleza relativa y subjetiva se edifica también con la independencia de los unos frente a los otros, dado que es posible transferir en parte alguno de ellos singularmente” (Cifuentes, Santos “Protección de la imagen”, E. D. 211-97).

Con el encuadre proporcionado por estos prestigiosos autores, considero que en el caso la utilización tanto del nombre como del retrato

de la actora –más allá de su uso no autorizado– ha importado un verdadero avasallamiento a su derecho a la identidad de singular gravedad que, por las razones explicitadas supra, ha afectado gravemente su honor.

Más aún, si diferenciamos el honor, como situación jurídica subjetiva –sentimiento del propio valor personal que prescinde de la valoración ajena– y reputación, en tanto que juicio crítico que los demás elaboran de la persona, su “imagen social”, adoptando la postura de Fernández Sessarego (ob. cit., pags. 189/190), estimo que ambos valores se han visto afectados.

#### XI.- Libertad de expresión

A) Una y otra vez han aducido las accionadas que conforme a lo dispuesto por la ley 26.032, la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (art. 1º).

En última instancia, esta solitaria norma no hace más que reconocer la aplicabilidad de dicha garantía constitucional a las “ideas” difundidas por este novedoso medio, por si alguna duda pudiera suscitarse al respecto, si bien el mismo criterio se había establecido ya en el Decreto 1279/97, entre cuyos fundamentos indicaba específicamente que “una de las características esenciales del servicio INTERNET es su interconectividad, por la cual los usuarios tienen la libertad de elegir la información de su propio interés, resultando por ello que cualquier pretensión de manipular, regular o de censurar los contenidos del servicio, se encuentra absolutamente vedada por la normativa vigente”.

Como lo señalara Bidart Campos, en el texto de la Constitución formal se halla normada la libertad de prensa y en cambio, no encontramos expresamente ninguna norma que se refiera a la libertad de expresión en cualquiera de sus modos, incluso los diferentes a la prensa, “decimos que respecto a la expresión a través de medios que ‘no son prensa’ hay una carencia histórica de norma, o sea, una laguna en el orden normativo. Esa laguna suscita



la integración del orden normativo para llenar el vacío” y “nos remite en primer lugar a la norma análoga, (es decir a la más parecida que hallamos en la Constitución, que es la referida a la prensa) y a los valores y principios generales del derecho constitucional” (cfr. Manual de la Constitución Reformada, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 12).

A partir de la reforma constitucional, ya no es dable hablar de un vacío normativo, independientemente de que así había sido ya interpretado uniformemente doctrinaria y jurisprudencialmente con anterioridad, no caben dudas de la incorporación expresa de la libertad de expresión a nuestro plexo legal.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ponzetti de Balbín”, del 11 de diciembre de 1984, de modo claro ha establecido que lo estatuido sobre la libertad de prensa en nuestra Ley Fundamental, no debe ser apreciado en un sentido literal, sino de un modo amplio y abarcativo de la libre expresión e información por otros medios diferentes a la prensa escrita (Fallos 306: 1892).

Pizzolo, en un excelente trabajo que incluye el análisis más completo del tema en materia de derecho comparado, propone como “fórmula ideal” definir que “la libertad de expresión alcanza a toda forma o medio considerado idóneo por cualquier persona para hacer público un acto reflexión interior siempre y cuando el mismo no ocasione o pueda ocasionar algún daño a un tercero”.

Plantea dicha fórmula como la meta a alcanzar por cualquier sistema legal que vea, en la libertad de expresión, un valor jurídicamente relevante. “Dicho en otras palabras, se trata a nuestro entender del máximo de protección legal posible que ostenta aquella libertad” (Pizzolo, Calogero (h), “La libertad de expresión: un valor universalizado”, en “Los valores en la Constitución Argentina”, coordinado por Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, pags. 297/337, Ediar, 1999).

B) María Angélica Gelli, por su parte, señala que La libertad expresiva constituye un derecho personal, propio del reconocimiento de la dignidad humana,

que los Estados liberales se comprometen a respetar y proteger, en general, en sus respectivas Constituciones. En ese sentido, de la incontrastable necesidad que la criatura humana tiene de comunicar su pensamiento, la libertad expresiva integra el conjunto de derechos connaturales de las personas, tales los enunciados en el art. 14. Desde la perspectiva social, la conveniencia de la comunicación fluida y sin trabas entre las personas y las sociedades resulta evidente, en tanto se repare en aquella como vehículo de creación cultural, o a lo menos de su transmisión y difusión. En esa línea se le ha reconocido aptitud para descubrir la verdad, en especial en el campo científico, o para morigerar los efectos de la creciente concentración informativa. Se diría que la libertad expresiva contribuye a que se oigan la mayor cantidad de voces posibles y a que se forme el propio juicio en cualquier campo del conocimiento.

La protección estricta, preferente y privilegiada de la libertad expresiva está ligada a su capacidad para facilitar y garantizar el libre debate democrático y controlar por ese medio al poder en sus diversas formas. En esta perspectiva, se considera instrumental a la democracia, en especial, a la libertad de buscar y difundir informaciones.-

En otros términos, el conjunto de derechos que se derivan de la libertad expresiva y la extensión de aquéllos frente a las eventuales limitaciones de otros derechos -como el honor, la intimidad, la autodeterminación informativa- están directamente vinculados con el afianzamiento de las formas democráticas, y esas restricciones se justifican sólo si contribuyen a su resguardo, y en la medida indispensable para ello.

A su vez, la sociedad civil resulta beneficiaria directa cuando la información plural se esparce sin trabas. La toma de decisiones se ve enriquecida y luce más libre cuantas más noticias, ideas y opiniones se conozcan y procesen. Una de las ventajas comparativas de la democracia -y no la menor- consiste en que lo invisible se torna notorio en el mediano y largo plazo. De ese modo deviene legítimo el registro de datos, es decir, de los indicios que operan como transmisores del conocimiento

acerca de la realidad y sus protagonistas.

*Pero ese interés en difundir datos que construyan la información encuentra su límite constitucional en los derechos personales consagrados expresa o implícitamente en la Ley Suprema. Pues los datos, en tanto indicios, pueden resultar engañosos, o inexactos, o desactualizados, o, lo que resulta más grave aún, construir un perfil de personas o sociedades erróneo, agravante, o discriminatorio” (Gelli, María Angélica, “La libertad expresiva y el hábeas data. Los problemas de la reserva de la fuente informativa y del bloqueo de los datos periodísticos”, J. A. 2004-II-1384).*

C) Refiriéndose a los contenidos de la información pública, señala Bustamante Alsina que “la información a través de la prensa escrita se presenta como noticias, artículos o comentarios de actualidad, así como columnas que se refieren a temas específicos y llevan la firma del autor, también se presentan como editoriales que son artículos de fondo no firmados expresando la opinión del órgano y, finalmente colaboraciones de terceros firmadas por sus autores. Es común que los periódicos ofrezcan sus columnas para publicar cartas de sus lectores dirigidas a la dirección. Va de suyo que en las páginas de esos periódicos, diarios y revistas se publican “solicitadas” pagadas con el texto redactado por el interesado en su divulgación y también los avisos comerciales y ofertas generales de publicidad también pagadas por los anunciantes”.

*Esta referencia al contenido de la información por la prensa permite determinar quién o quiénes deberán responder de los excesos en la libertad de prensa. Toda aquella información que lleva la firma del autor, implica la responsabilidad de éste, y la que no aparece firmada responsabiliza directamente al órgano en la persona de su propietario, director o jefe de redacción. Estos principios atinentes a las responsabilidades consecuentes deben adecuarse al medio u órgano de divulgación oral o audiovisual, que obviamente no llevan firma alguna, pero por lo general existe un periodista o locutor que asume la conducción del programa, detrás del cual existe una producción que la diseña y obtiene el beneficio*

*económico de su emisión por la onda o canal que de un modo indirecto resultan alcanzados por las responsabilidades emergentes( con cita de Alsina, J., “Efectos civiles del ejercicio ilegítimo de la libertad de prensa”, ED, 147-858; “Responsabilidad civil y otros estudios”, Vol. III, p. 273).*

*Los medios de comunicación social (la prensa en todas sus expresiones técnicas) son los órganos a través de los cuales se manifiesta la libertad de expresión, o sea el derecho no delegado por el pueblo en ningún representante para hacer conocer directa y orgánicamente sus ideas y su pensamiento en todos los órdenes de la actividad humana. La llamada prensa (escrita, oral o visual, sea a través de los diarios, revistas, cinematografía, radiotelefonía, televisión o transmisión electrónica por aire o satelital de imágenes y sonido), no son otra cosa que los medios u órganos que sirven a lo que realmente son los fines humanamente valiosos, o sea lo que conducen a la comunicación social (Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad social de los medios masivos de comunicación. La sociedad mediática”, L. L. 1998-B, 1272, LLP 1998, 392).*

D) En un precedente del fuero penal, se ha sostenido hace ya una década que “más allá de las discusiones doctrinarias sobre el alcance de la libertad de prensa, es claro que nos encontramos ante un nuevo medio de comunicación, “Internet”, en el que conviven y mediante el cual se expresan -entre otras- actividades científicas, comerciales, periodísticas y personales. Por ello, corresponde, a la luz de los hechos del caso, y al amparo de la Ley Fundamental, considerar a la “red de redes” como otro medio comunicacional público y masivo, en el que se vierten diversas formas de expresión, lo cual incluye a la prensa (C.N.Crim. y Correc. Fed., sala I, 13/03/2002, Causa Nro. 33.628, “Vita, Leonardo G. y otro”, L. L. 2002-B, 489).

*Ninguna duda cabe acerca de que no sólo la comunicación de las ideas por medio de la prensa se halla abarcada en la garantía constitucional a expresarse, sino que la misma implica a todos los medios idóneos para propagar una idea o pensamiento. Ello importa además el reconocimiento*

del derecho constitucional a la información y a la libertad de opinión (art. 14 y 32 Constitución Nacional, DUDH art. 19, PIDCP, art. 19.2), siendo que el parámetro que lo precisa en mejor medida surge del art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (8), que establece un criterio de no distinción de las ideas o informaciones por su contenido.

E) Ahora bien, los contenidos de la libertad de información y de expresión: “buscar, recibir y difundir información” también tienen las limitaciones que son propias de todos los derechos en razón del carácter relativo de éstos y de su sujeción a reglamentación razonable. Lo único que con seguridad ha de quedar incólume es la prohibición severa de censura previa (conf. Bidart Campos, Germán J., “El periodismo, la publicidad del proceso penal y el acceso al expediente ya cerrado”, L.L. Litoral 1999-783, entre muchas otras obras).

En los términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretado por la Corte Interamericana, la libertad de expresión se analiza en dos dimensiones, que se reclaman y sustentan mutuamente. Por una parte, existe la llamada dimensión individual, que asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para difundir el pensamiento propio y llevarlo al conocimiento de los demás. Los receptores potenciales o actuales del mensaje tienen, a su vez, el derecho de recibirlo: derecho que concreta la dimensión social de la libertad de expresión. Ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente. Cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra (García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, “La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Primera edición, 2007, [http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/libertad\\_expresion3.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/libertad_expresion3.pdf), obra en la que se analizan detalladamente los precedentes UTC “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros); y los Casos “Ivcher Bronstein”, “Herrera Ulloa”, “Ricardo Canese”, “Carpio Nicolle y otros”, “Palamara Iribarne”, “Blanco Romero y otros”, “Masacre de Pueblo Bello”, “López Álvarez”, “Claude Reyes y otros”).

Así, sobre el art. 13, la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre 1985, caso “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)”; expresó textualmente: “...Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (del considerando 30).

En esa misma Opinión Consultiva, la Corte Interamericana destacó la importancia del derecho a la libre expresión de ideas, resaltando su alcance como derecho individual y social: “En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas ‘por cualquier... procedimiento’, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. [...]”.

“En su dimensión social la libertad de expresión



es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Las dos dimensiones mencionadas [...] de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista” (de los considerandos 31, 32 y 33).

La libertad de expresión es vista, entonces, como una condición necesaria para la existencia de un debate público sobre asuntos políticos o de interés general, debate que es esencial para la existencia misma de la sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una *conditio sine qua non* para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, todos los que desean influir al público. En resumen, representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párr. 70).

El contenido del art. 13 de la Convención también fue analizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre la Compatibilidad entre la leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

en los siguientes términos: “...Los artículos 13 (2) y (3) reconocen que la zona de intervención legítima del Estado comienza cuando la expresión de una opinión o una idea interfiere directamente con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad.

En este mismo sentido puede citarse un pasaje de dicho informe”...El consenso observado en los órganos de derechos humanos de América y de Europa pone de manifiesto que la protección de la libertad de expresión como elemento indispensable de la democracia se encuentra perfectamente fundamentada en el derecho internacional... El derecho a la libertad de expresión y pensamiento garantizado por la Convención está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática... Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual, 1994, ps. 215-216, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17/02/1995, ps. 215/216).

Por lo tanto, la protección que se le otorga es, en líneas generales, más generosa que la de otros derechos. El derecho a la libertad de expresión y su contracara, esto es el derecho a dar y recibir información, han sido confirmados en la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108º período ordinario de sesiones. Los principios 1 y 2 establecen que: 1) La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática. 2) Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones

políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Bertoni, Eduardo A, “La tensión entre la libertad de expresión y el derecho penal”. La Ley, 2001-E, 451, citas realizadas por Kollmann, Gustavo E., La Rosa, Mariano R., “La libertad de expresión y la Constitución Nacional en Internet”, DJ 2002-2, 385).

F) Ha señalado Sagüés que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica, no se ha pronunciado expresamente acerca de si el blindaje que protege de la censura previa a las ideas, opiniones, informaciones, relatos, y noticias, comprende también a imágenes (fotos, dibujos, cuadros, películas, grabaciones, etc.), en tanto no integren obligadamente en un caso alguno de los conceptos tutelados (ideas, informaciones, opiniones, etc.). (Sagüés, Néstor P, “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2005-C, 1279 - LLP 2006, 533 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo III, 407).

Algunos autores llegan incluso a afirmar que la censura sobre imágenes es posible, dado que la Constitución Nacional solamente prohíbe la censura sobre “ideas” (conf. Quiroga Lavié, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina comentada”, 3ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2000, p. 65...” ob. cit., pags. 65/67).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “S. de C.”, alertó en el voto mayoritario que “...Los medios de comunicación son el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones, pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional -libre expresión de ideas-, o por el Pacto de San José de Costa Rica -búsqueda, recepción y difusión de ideas e información-. Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de

ideas” (C.S.J.N., Fallos, 315:1964, considerando 9, Fallos 315:1943), recordando además que en el precedente de Fallos: 282-392 aclaró que la garantía constitucional tutela la libertad de expresión de manera amplia, sin distinguir entre lo que constituye opinión, manifestación estética, de arte o de humor, pues la libertad de manifestación del individuo no puede ser entendida circunscripta sólo a cierto ámbito o finalidad, pues entonces la garantía quedaría en letra muerta.

Sostuvo además que “... los alcances de la tutela constitucional involucrada, genera la ineludible carga de examinar si -en el caso de que se trate- concurren los antecedentes de hecho que justifiquen ubicar la pretensión fuera de aquellas hipótesis frente a las cuales el ejercicio del derecho de publicar las ideas no admite restricción. Cuando se invoquen situaciones que pueden transponer esta frontera, el juez debe comprobar, con todos los medios que la legislación le proporciona, si se trata de un caso en que se encuentra involucrada esa libertad, valoración que no puede ser obviada sin abdicar de la jurisdicción, lo que está prohibido conforme lo dispone el art. 15 del Cód. Civil, en armonía con las garantías constitucionales de petionar a las autoridades y el debido proceso consagrado por los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional.” Y agregó que las pretensiones que pueden interferir con la actividad de los medios de difusión, son susceptibles de una decisión favorable o adversa, según se compruebe o no que media inaceptable afectación de la libertad de prensa; de otra manera, implicaría adoptar la equivocada premisa de que, en todos los casos, esa actividad constituye -en sí misma- un supuesto absolutamente inmune a tal valoración.” (v. doctrina de Fallos: 315:1943, consids. 9º, 11 y 12).

Queda claro, entonces, que no cualquier actividad que se lleve a cabo a través de un medio de comunicación debe ser considerada, por esa sola circunstancia, como ejercicio de la libertad de prensa.

G) De modo, pues, que cuando nos referimos a libertad de expresión como uno de los principios básicos de la sociedad democrática estamos

*necesariamente hablando de la manifestación –a través de cualquier medio, incluido Internet- de opiniones e ideas, lo cual nada tiene que ver con lo discutido en autos.*

*No se trata en el caso de críticas personales o profesionales a la actora, de comentarios más o menos desfavorables, sino de la inclusión injustificada de su nombre en sitios de contenido sexual, como modo de atraer la atención al ingreso a tales páginas.*

*Incluso antes de la sanción de la ley de habeas data en el ámbito nacional –que no fue invocada como fundamento de esta acción- sostenía Sagüés que una de las nuevas posibilidades de la acción de amparo era el “informativo”, vinculado con el acceso y modificación de ciertas fuentes de documentación, afirmando que “Las novedades que plantea la informática ha estimulado la necesidad de tutelar, aun constitucionalmente, al habitante frente a posibles ataques de aquélla hacia ciertos derechos constitucionales de la persona. Simultáneamente, un desarrollo más exigente del ámbito individual ha descubierto nuevas facetas en lo que hace al reconocimiento de facultades, garantías y derechos de cada uno” (Sagüés, Néstor P., “El amparo informativo”, L. L. 1991-D, 1034).*

*Por ende, aún si por hipótesis se admitiera que asiste a las demandadas un “derecho a informar” –cuyo alcance ellas mismas limitan al de informar cuáles son las URLs que contienen la palabra buscada, transcribiendo palabras extraídas de éstas- de igual modo estarían constreñidas a rectificar la información falsa que causa perjuicio a la accionante.*

*Si no se trata de contenidos de sitios propios, el único modo de alcanzar tal finalidad es eliminando los resultados de las búsquedas que conducen a tales sitios.*

*De más está decir que tampoco podrían invocar tal derecho quienes introducen maliciosamente referencias a la persona de la accionante, y mucho menos tendrían legitimación los buscadores para hacer valer cualquier interés de esos terceros no identificados. Reitero, no se trata de ideas, de*

*opiniones, de informaciones propiamente dichas –veraces o no- sino de la introducción del nombre de la accionante –al igual que el de otras personas famosas en el mundo artístico- precisamente con la finalidad de que al introducirse una búsqueda con dicho nombre, aparezcan en la lista de resultados sitios en los que nada se “expresa” o “informa” u “opina” acerca de ellas.*

*H) Párrafo aparte merece la pretendida asimilación de las accionadas con los medios de prensa y la consecuente aplicación de la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esa materia, fundamentalmente invocando el precedente “Campillay”.*

*La doctrina “Campillay” (Fallos, 308:789), invocada por la recurrente, fue precisada en sucesivos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, procurando armonizar los diversos valores constitucionales en juego en los casos en que se plantea la responsabilidad civil o penal de los medios periodísticos en la reproducción de noticias inexactas emitidas por otras fuentes, sean falsas o erróneas.*

*El propio antecedente invocado sostiene que los periodistas y los medios de comunicación deben extremar los recaudos para ejercer regularmente su derecho de trabajar sin agraviar a terceros, y que el derecho a expresarse por los medios de comunicación no es absoluto e impone las responsabilidades ulteriores que puedan generarse “a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio”, ya que “no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales entre los cuales se encuentra el de la integridad moral y el honor de las personas” (C. S. J. N., “Campillay, Julio C. c. La Razón, Crónica y Diario Popular”).*

*En dicho caso se estableció que “la exigencia de que el desenvolvimiento de la prensa resulte veraz, prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos, impidiendo la propalación de imputaciones falsas o que puedan dañarla injustificadamente, no implica imponer a los responsables el deber de verificar en cada supuesto la veracidad de la información o noticia sino de*



*adecuarla, primeramente, a los datos suministrados por la propia realidad, sobre todo si se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, y en todo caso, el deber de difundir el informe atribuyendo su contenido a la fuente, utilizando el tiempo potencial o guardando reserva sobre la identidad de los implicados (considerando 7º).” Este criterio fue reiterado con posterioridad hasta el presente en distintos pronunciamientos (confr. Fallos: 310:508; 315:632; 316:2394 y 2416; 317:1448; 319:2965; 321:3170; 324:2419 y 325:1227, entre otros).*

*Según se desprende de este fallo y de los subsiguientes “Triacca” y “Espinosa”, los requisitos para que el informador quede exonerado de responsabilidad son:*

*a) Transcripción sustancialmente fiel de lo expresado por otro que constituye la noticia. Ello no implica necesariamente su transcripción textual.*

*b) Atribución sincera de la noticia a la fuente informadora, de forma que aquélla deje de ser propia del medio. De esta forma, se transparenta el origen de la información y se permite a los lectores relacionarla no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que la ha generado.*

*c) Omisión de la identidad de los implicados, puesto que si se deja en reserva la identidad de éstos, no habría honor personal alguno que en concreto se hubiese dañado.*

*d) Uso de un tiempo de verbo potencial, ya que faltaría el mencionado carácter asertivo.*

*Paralelamente, la relación directa de la noticia (vgr. el contenido de los dichos del tercero) con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional no debe ser desplazada, pues constituye la piedra basal sobre la que se construye la eximición de responsabilidad de la prensa.*

*Una y otra vez he remarcado el vocablo “noticia” para poner en evidencia que en modo alguno puede considerarse tal lo “informado” por las accionadas como resultado de la búsqueda.*

*Si bien es cierto que incluso prestigiosos autores*

*sostuvieron, al interpretar los primeros fallos de la Corte, que la fuente debía ser identificable, poco a poco se fue perfilando este aspecto con mayor precisión.*

*En fecha más reciente, en el caso “Martínez Vergara, Jorge”, (C. S. J. N., 19/02/2008, Fallos 331:162) sostuvo que en cuanto concierne a esta última modalidad de indicar la fuente, “este Tribunal ha elaborado mediante distintos precedentes un estándar de protección a los medios de difusión que ha alcanzado, incluso, al supuesto de la fuente anónima”. “En este sentido ha señalado que uno de los objetivos que subyace a la exigencia de citar la fuente, contenida en la jurisprudencia de la Corte, consiste en que el informador, al precisar aquélla, deja en claro el origen de las noticias y permite a los lectores atribuirles no al medio a través del cual las han recibido, sino a la causa específica que las ha generado (Fallos: 316:2416); y ha precisado que la exigencia de que la información debe atribuirse a una fuente identificable no sufre una real excepción por la circunstancia de que se haya admitido -bajo el amparo de esta doctrina- a la reproducción de una manifestación anónima, desde que la aclaración de tal carácter permite a los lectores formarse un juicio certero acerca del grado de credibilidad que merecían las imputaciones publicadas por el medio (Fallos: 319:2965, considerando 10).*

*La invocación de una fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella, priva de antijuridicidad a la conducta, razón por la cual el principio juega tanto en un contexto de responsabilidad civil como penal.*

*La carga de la reproducción basta para el cumplimiento de Campillay y transfiere al lector el juicio de ponderación acerca de la credibilidad que merece la noticia sin que corresponda al medio periodístico investigar la veracidad de la noticia transcrita.*

*De todo lo expresado resulta que el examen de la calidad de la fuente no se vincula con el corazón de la doctrina Campillay.*

*Es con “Acuña” que la Corte da preferencia a un aspecto habitualmente no considerado. Lo*

importante en estos casos es que el periodista pone de manifiesto que la información tiene otro origen. No resultaría esencial, en cambio, que en ciertas ocasiones pueda identificarse con precisión la real fuente emisora (conf. Racimo, Fernando M. “La doctrina Campillay. Exégesis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, E.D. 206-964).

La veracidad no debe ser entendida en un sentido absoluto, sino en cuanto a información obtenida con diligencia y contrastada, previamente, con datos objetivos y verificables. Porque si el mandato se entendiera en forma absoluta, es decir, que la veracidad únicamente existe cuando hay total correspondencia entre lo difundido y la realidad de lo acontecido, el resultado sería el silencio del medio periodístico ante la posibilidad de difundir una información errónea, siendo evidente que en el debate libre que supone una democracia las afirmaciones erróneas son inevitables. En otras palabras, la preeminencia —y, por tanto, impunidad— que la Constitución otorga a la libertad de prensa está signada por la necesidad de la existencia de una conducta diligente en la obtención de la información, susceptible de ser corroborada con elementos de juicio objetivos, así como por una reproducción fidedigna de la información obtenida en tales condiciones, sin perjuicio de recurrir, llegado el caso de una dificultad práctica en verificar la exactitud de la noticia, a la mención de la fuente de información, a la utilización en tiempo potencial de los verbos, o a la reserva de la identidad de las personas implicadas, tal como lo indicó nuestra Corte Suprema, entre otros casos, en el registrado en Fallos, 308:789, considerando 7º, así como votos del Dr. Vázquez en ‘Gesualdi’ y ‘Ramos’).

Por otra parte, la doctrina de la real malicia sólo cobra sentido cuando se trata del ejercicio del derecho de informar, esto es, cuando existen aseveraciones sobre circunstancias de las que se puede predicar verdad o falsedad. Sólo en ese contexto puede tener relevancia la actuación con conocimiento de la falsedad o la temeraria despreocupación respecto de la verdad o falsedad de la noticia.

No sucede lo mismo con la crítica, las opiniones,

los juicios de valor y las ideas, por cuanto tales expresiones son producto de una apreciación subjetiva de quien los enuncia (“derecho a opinar”). Podrán o no ser compartidos por el receptor, serán más o menos útiles en cuanto a la solución del problema que plantean, o más o menos convincentes de acuerdo a su fundamentación lógica, pero no podrán ser tildados de verdaderos o falsos. Aun cuando sean pronunciados con mala fe, su contenido no refleja más que una visión subjetiva sobre un tema específico sin pregonar la verdad o falsedad de un hecho determinado.

Distinta es la situación de dar por cierto un acontecimiento del pasado (“derecho a informar”). En este caso, la verificación de la verdad o falsedad de tal afirmación es posible. Este es el ámbito de aplicación de la doctrina de la real malicia, toda vez que pretende describir un hecho concreto del pasado, sin constituir una crítica u opinión producto del intelecto. De allí que el derecho de prensa ampara la crítica, las opiniones, los juicios de valor y las ideas, cuando éstos no incurrir en insultos o epítetos denigrantes (Klass, Ricardo J., “Responsabilidad civil y penal de los medios de prensa y los periodistas: La doctrina de la real malicia y la doctrina “Campillay”, La Ley, 2003-D, 1398).

H) De lo hasta aquí expuesto resulta evidente que no resulta posible asimilar a los buscadores con los medios de prensa y, en consecuencia, aplicarles la doctrina judicial elaborada en torno a la labor periodística. Adviértase que una y otra vez en los párrafos precedentes se ha hecho mención al vocablo “noticia”. Ello significa, en sus distintas acepciones, noción, conocimiento; contenido de una comunicación antes desconocida; hecho divulgado; divulgación de una doctrina (Diccionario de la Real Academia Española).

Aún en la posición más favorable a las accionadas, sólo podría considerarse que en algunos casos la referencia que realizan en los resultados de búsqueda al sitio en el que consta la información y la breve relación que la acompaña podría implicar, a su vez, una actividad de información, en la medida en que se tratara de noticias o divulgación de opiniones

ajenas. No obstante, ello resulta contradictorio con su posición acerca de que se trata de una actividad robótica, en la que no controlan en modo alguno el contenido que publican.

Ello implica que reconocen, sin más, su absoluta indiferencia por la veracidad y exactitud de las afirmaciones que reproducen textualmente, y ninguna preocupación les causa que la fuente de la cual provienen sea identificable o anónima, seria o irresponsable, por cuanto ni siquiera –aparentemente- indagan acerca de cuál sería esa “fuente”.

Insisten en que no realizan tareas de edición, que es precisamente lo propio de cualquier actividad de corte periodístico. La circunstancia de que no exista una prohibición expresa a realizar tal actividad en el contexto que ellas mismas refieren, si bien puede abonar –contrario sensu y porque lo que no está prohibido está permitido- su tesis de que se trata de un comportamiento genéricamente lícito, pero no implica en modo alguno que ello las exima de incurrir en ilícitos concretos en casos determinados.

Ni siquiera la prevalente protección constitucional y convencional a la prensa libre está exenta de limitaciones, precisamente porque no toda la producción periodística –incluyendo tanto información como opinión- está exenta de incurrir en conductas jurídicamente reprochables.

Se enarbola la prohibición de censura, que tiene un alcance específico: lo inadmisibles es la censura “previa”, sin que ello implique un bill de indemnidad, y tanto nuestra Corte Federal como los tribunales de justicia internacionales no dudan en afirmar la responsabilidad que le cabe con la reiterada frase “responsabilidades ulteriores”.

La Corte tiene dicho que el derecho de informar no escapa al sistema general de responsabilidad por los daños que su ejercicio pueda causar a terceros. Por lo tanto, si la información es lesiva del honor, el órgano de difusión debe responder por el perjuicio moral causado; comprobado el exceso informativo quien pretenda el resarcimiento debe demostrar la culpa o negligencia del informador conforme el régimen general de responsabilidades (1109

C.C.). No existe en nuestro sistema general de responsabilidad uno excepcional para la actividad de la prensa (Ancarola, Gerardo, “Libertad de Prensa. Entre oscuridades y omisiones”, La Ley, 2000-B-558; Correa, José Luis, “Condena periodística por lesión a la honra de un magistrado. Doctrina de la real malicia. Daño moral”, RCyS 2010-II, 82-LLGran Cuyo 2010 (febrero), pág. 27). De modo pues, que de acuerdo a la propia posición asumida por las accionadas, en la hipótesis de admitirse su postura, igualmente se encontrarían en situación de deber responder.

Por otra parte, cualquier medio de comunicación ejerce de hecho una suerte de autocensura: no todo lo que llega a sus redacciones se publica o emite sin más, en forma automática, sin tomar recaudos de ninguna índole, precisamente porque conocen los límites de su derecho de informar, y las responsabilidades ulteriores que podrían imputárseles.

Resulta oportuno recordar, en este aspecto, la opinión ya expresada por Lorenzetti hace más de una década: un mensaje digital de contenido informativo, que lesiona derechos de igual rango, como la privacidad de las personas, o bienes públicos como la protección de los menores o la persecución de los delitos, no da lugar para su autor a la misma responsabilidad que la que tiene un periodista profesional que publica sus ideas por la prensa escrita, con derecho a preservar el secreto de la fuente, y con severos límites en cuanto a su responsabilidad.

La responsabilidad civil de quien consigna un dato en una base es objetiva según la mayoría de las opiniones, mientras que la del periodista profesional se basa en la “real malicia”, o en una culpa laxa, según diferentes doctrinas existentes. El mensaje digital no está vinculado a un autor determinado y puede ser emitido por una empresa, un particular, un agente del gobierno, una sociedad intermedia, etc., por lo que esta diversidad impide la analogía directa con la doctrina jurisprudencial elaborada con relación a la libertad de prensa (Lorenzetti, Ricardo L., “La responsabilidad por daños en Internet”, en “Derecho privado, libro homenaje a



Alberto J. Bueres, dirigido por el Dr. Oscar J. Ameal, Hammurabi, Bs. As., 2001, pags. 1707/1717).

I) En síntesis, reitero, constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídico protegido (Fallos: 315:1943).

Ya advertía el maestro Morello que “la expresión censura previa suele ser mal usada, al acordársele una comprensión amplia, absoluta y de una identificación comprensiva de pluriformes situaciones que no se alojan dentro de su ámbito conceptual”, recordando que ni el Derecho anglosajón (en donde germinó la prior restraint doctrine), establece una veda absoluta de intervenciones previas (Morello, Augusto M., “Test de constitucionalidad para acceder a la tutela judicial preventiva en resguardo del derecho a la privacidad, frente a la libertad de prensa”, L. L. 2002-A, 754 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 601).

Las medidas requeridas por la accionante no persiguen evitar una crítica, ni vedar la difusión de un pensamiento o una idea, ni silenciar algún tema relacionado con el interés público, sino la defensa de valores particularmente protegidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional, impidiendo la propagación de la actividad ilícita de quienes utilizan su nombre y/o imagen para publicitar engañosamente sitios vinculados con el comercio sexual o la pornografía.

La indexación de sitios vinculados a la oferta sexual, no pueden ser asimilados a la prensa ni ser considerados de contenido periodístico (Malaureille Peltzer, Facundo, “Responsabilidad de los buscadores de Internet. Una deuda pendiente”, RCyS 2011-II, 82).

J) Sostiene Galdós, por su parte, que “resulta doblemente inconveniente equiparar Internet a

la “condictio” preexistente de medios masivos de comunicación, y especialmente a asimilarla con la prensa escrita. Ello es fáctica y jurídicamente desaconsejable. En primer lugar porque las características, modalidades y su naturaleza son ostensiblemente diferentes a la prensa. En segundo lugar toda vez que lo que es jurídicamente válido para los otros medios de comunicación -con legislaciones particulares en algunos casos y muy diversificadas internacionalmente- no puede ser traspolado a Internet. Habría un doble desajuste. La tentación de acudir derechamente al emplazamiento jurídico más cercano para aplicar sus reglas y principios resulta, entonces, por dos veces inapropiado. Se trataría de encapsular los vericuetos técnicos y jurídicos de la red global, en los propios de institutos parecidos -muy parecidos, si se quiere- pero en los que es más intensa la diferencia que los separa que la similitud que podría asimilarlos... Internet debe (y puede) diseñar su propio emplazamiento legal que atienda a sus especiales singularidades” (Galdós, Jorge Mario, “Responsabilidad civil de los proveedores de servicios en Internet”, L. L. 2001-D, 953-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo VI, 69).

K.- Otro aspecto de la cuestión se vincula con la supuesta responsabilidad que podría caberles a las accionadas en relación con los terceros en caso de eliminar sus sitios de la lista de resultados.

No se advierte de qué manera podrían verse afectadas, cuando de sus propias condiciones de uso resulta que se reservan la posibilidad no sólo de seleccionar los sitios, sino de “revisar el contenido para determinar si es ilegal o infringe nuestras políticas, y eliminarlo o negarnos a publicarlo si tenemos razones suficientes para considerar que infringe nuestras políticas o la ley” (ver <http://www.google.com.ar/intl/es/policies/terms/regional.html> Condiciones de servicio de Google según última modificación del 1 de marzo de 2012).

En la versión anterior, del 16 de abril de 2007, se indicaba “8.3 Google se reserva el derecho, aunque ello no constituye una obligación, de seleccionar anticipadamente, revisar, marcar, filtrar, modificar, rechazar o eliminar parcial o íntegramente el

Contenido disponible a través de los Servicios (aún disponible en <http://www.google.com.ar/intl/es/policies/terms/archive/20070416/>).

Otro tanto ocurre en relación a la restante codemandada, que consigna en sus Condiciones de Servicio “Ud. reconoce que Yahoo! puede o no preseleccionar el Contenido, pero Yahoo! y aquéllos por él designados tienen el derecho, pero no la obligación, a su plena discreción de preseleccionar, rechazar o remover cualquier Contenido que esté disponible por medio del Servicio. Sin limitación de lo anterior, Yahoo! y sus designados tendrán el derecho de remover cualquier Contenido que viole los CDS o sea de cualquier otra forma cuestionable (ver <http://info.yahoo.com/legal/ar/yahoo/>).

No obstante lo hasta aquí expuesto, ha de advertirse que en algún supuesto excepcional podría asistirles razón en el planteo. Así, por ejemplo, cuando circunstancialmente se puedan localizar a través del sistema de búsquedas “noticias” u “opiniones” provenientes de sitios de propiedad de entidades o personas que sí son medios de prensa o cuya actividad pueda considerarse periodística.

Aquí hay una importante distinción a realizar, por cuanto podría considerarse censura judicial previa el prohibir genéricamente que informen en sus resultados de búsqueda aquellos sitios que corresponden a los medios de comunicación que editan sus publicaciones en formato digital, como ocurre en nuestro país con los diarios de mayor circulación y gran parte de las revistas o publicaciones en las que puede aparecer una referencia a la accionante que sí encuadre en el ámbito de protección de la libertad de prensa.

Sin embargo, no es este el problema en autos, en cuanto a la vinculación del nombre de la accionante con sitios de contenido sexual o pornográfico, que no constituyen “noticia” ni expresión de “idea” alguna ni, por cierto, revisten un interés público, y que provienen de sitios que no pueden ser calificados ni remotamente como medios de prensa. Se efectúa esta mención en orden a la otra cuestión tratada en este pleito, cual es la de la imagen no autorizada (retratos) que pueden incluso haber sido tapas de revista que la propia publicación ha incluido en su

sitio en Internet.

L.- Desde otro ángulo, se ha sostenido que la neutralidad de Internet, entendida como la imposibilidad física y eventualmente jurídica de cualquier actor de manipular los contenidos que se difunden por uno o más usuarios de la red, es la garantía fundamental que asegura la libertad de expresión y circulación de información.

Sostiene Zabale que “Google es actualmente sin duda el principal buscador de información de Internet y la principal herramienta de recolección de información de la red; es en otros términos nuestra actual biblioteca de Alejandría”.

Si bien es una herramienta de búsqueda, dada su enorme capacidad de recolección, información y devolución de resultados, sin duda está en condiciones óptimas para afectar la neutralidad, devolviendo resultados irreales o más precisamente que obedecen a criterios económicos o publicitarios. Pero a pesar de ello, Google no afecta los contenidos de las páginas web que no enlaza o que devuelve como resultados más lejanos ante una búsqueda, de forma tal que el usuario de la red igualmente puede acceder a los contenidos, aunque tal labor fuera más dificultosa.

De forma tal que la libertad de expresión y también la libertad de acceso a la información quedan garantizadas por la posibilidad de acceder a la información por otra vía, por otro buscador o eventualmente por otro servicio (Zabale, Ezequiel María, “Neutralidad de la red como garantía de la libertad de expresión”, L.L. Sup. Act. 08/03/2012, pág. 1).

XII.- Tutela judicial efectiva y fundamento constitucional del Derecho de Daños y de su prevención

A) Fundamento constitucional del Derecho de daños

En el particular caso de autos no está cuestionado entre las partes la efectiva existencia del daño en perjuicio de la accionante –al menos en su faz moral- como así tampoco la posibilidad cierta de que se sigan ocasionando nuevas lesiones a sus derechos en el futuro. Más allá del reconocimiento

por ambas partes de la responsabilidad que les cabría a quienes en cada sitio han asociado ilícitamente el nombre de la actora con contenidos sexuales, pornográficos o de prostitución.

De modo pues que, con independencia de lo que se decidiera en orden a la responsabilidad resarcitoria de los buscadores demandados, queda pendiente de resolver lo que –a mi juicio– es en realidad el aspecto más importante de esta litis, relativo a lo que fue materia de requerimiento en las medidas cautelares, y de petición expresa en la demanda.

Me refiero, por supuesto, a lo peticionado en los puntos 3 a 6 del escrito de inicio, aspecto que, como ya se señalara, fue omitido en el pronunciamiento de grado: “3) Se condene a las demandadas al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de mi imagen y nombre conforme fuera ordenado en el expediente de medidas cautelares; 4) Se condene a eliminar y abstenerse de incluir toda imagen de la suscripta en los buscadores de imágenes; 5) Se condene a eliminar en forma definitiva de sus buscadores web toda vinculación efectuada entre mi nombre y los sitios web de contenido sexual erótico y pornográfico denunciados en el expediente de medidas cautelares; 6) Se condene en forma definitiva a tomar las medidas técnicas y organizativas que sean necesarias a los efectos de evitar que a través de sus buscadores pueda efectuarse cualquier tipo de vinculación de mi nombre e imagen personal con todo tipo de sitio web de contenido sexual, pornográfico, de oferta de sexo y similares”.

No se advierte que pueda arribarse a una solución justa en esta materia sin atender, prioritariamente, a la protección actual y futura de los derechos personalísimos de la demandante, dentro del amplio marco que nos brinda nuestro derecho constitucional.

1) La Corte de Justicia de la Nación, ya en el año 1986, emitió tres pronunciamientos que se han constituido en hitos trascendentales en el tema, al marcar la estrecha vinculación entre el contenido de la Constitución Nacional y el Derecho de daños, la que sin duda se ha visto reforzada posteriormente con la reforma de 1994.

La hermenéutica de la Corte Federal, no sólo reconoció origen constitucional al deber de no dañar, sino que determinó el carácter de norma reglamentaria de la Constitución que tenía el Código Civil, razón por la cual la normativa privada expande su influencia a las otras disciplinas jurídicas. Este criterio ha permanecido inalterable en la doctrina judicial de la Corte Federal y en los tribunales inferiores (Alferillo, Pascual E., “La Constitución Nacional y el Derecho de Daños”, RCyS 2011-IV, 31).

Así, en el caso “Gunther” (Fallos 308:1118), como en “Santa Coloma” (Fallos 308:1160), aseveró que el principio del *alterum non laedere* tiene su raíz constitucional en el art. 19 de la Constitución Nacional. En el primero de ellos sostuvo textualmente que “la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los “hombres” perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”.

2) Este criterio fue reiterado en Fallos 320:1999; agregando en Fallos 329:1847 “pues su fundamento se halla en la protección de los derechos individuales (arts. 4, 14, 15, 16 in fine 17, 18, 19, 20 y 28)” y reiterando en Fallos 182:5; 315:689; 328:651 el carácter de principio general del derecho que cabe reconocer a dicho axioma, entre otros casos.

Más recientemente, ha señalado el Máximo Tribunal que tal como que lo puntualizó en el precedente “Aquino” respecto de los infortunios laborales en general, el art. 19 de la Constitución Nacional establece el “principio general” que “prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero”: *alterum non laedere*, que se encuentra “entrañablemente vinculado a la idea de reparación” (Fallos: 327:3753, 3764/3765, 3787 y 3796, con cita de Fallos: 308:1118, 1144, considerando 14; Fallos:



308:1109 y Fallos: 329:473, 484/485), principio al que corresponde conferir toda la amplitud que amerita, evitando la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen “alterar” los derechos constitucionales (Constitución Nacional, art. 28; Aquino, cit., págs. 3774, 3788 y 3798) (C.S.J.N., 18/12/2007 “Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina S.A.”, Fallos 330:5435).

3) Vayan pues estas reflexiones en relación con aquellos que aducen la existencia de una errónea y expansiva aplicación judicial del art. 19 de la Constitución Nacional.

Tal la opinión de Castrillo, que afirma: “Lamentablemente a la letra del artículo 19 de la CN se le ha dado tal interpretación que hoy en día los jueces parecen no justificar más sus decisiones en el Código Civil sino que desde la existencia del daño se busca en la cadena de causalidad al primer sujeto de derecho con posibilidad de responder (“deep pockets” se diría en inglés) y sin importar demasiado si estamos ante un hecho humano o un acto, si las consecuencias sean inmediatas, mediatas, causales o remotas, si estamos ante un acto o una omisión y/o si existía o no una obligación legal de actuar, se lo hace responsable por el solo hecho de ser solvente”.

“Es más, ni siquiera se hace una completa lectura del artículo 19 de la Constitución Nacional. Ante una omisión cuyo acto omitido no está establecido por la ley los jueces interpretan curiosamente como “mandato de no dañar” el párrafo del artículo 19 que simplemente establece que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. En esta lectura omiten toda referencia al párrafo que sigue a continuación en el mismo artículo 19 y que reza “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Tampoco se tiene en cuenta que el artículo 19 hace referencia a actos y que las omisiones expresamente quedan fuera del mismo con la expresa aclaración del segundo párrafo ya comentado”.

“Por ello no sería el deber genérico de no dañar el que fundamenta la responsabilidad civil, ya que el propio artículo 19 se encarga de eximir la responsabilidad en los supuestos de omisión no legislados, sino que ella debería fundamentarse en la conducta antijurídica de un sujeto de derecho realizada con dolo o culpa en los supuestos de responsabilidad subjetiva o cuando exista responsabilidad objetiva en los casos que ella proceda o cuando exista un mandato legal en el supuesto de omisiones, todos supuestos que además deben producir daño en un tercero para que exista acción civil (Castrillo, Carlos V., “Responsabilidad civil de los buscadores de Internet”, La Ley 2010-A, 897).

Es evidente que no es esta la interpretación que – desde hace ya casi tres décadas- ha sido firmemente establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus distintas composiciones.

#### B) Tutela judicial efectiva

1) Bidart Campos ha sostenido reiteradamente que “una correcta interpretación que supo coordinar coherentemente a la Constitución con las normas internacionales de jerarquía constitucional condujo, hace ya tiempo, a definir que el derecho de acceso a la justicia equivale al derecho a la tutela judicial eficaz. Traducido a una expresión muy simple, quiere decir que según sea la índole de la pretensión que el justiciable incluye en el proceso, la naturaleza y el trámite de ese proceso deberán aportar todo cuanto sea conducente para la decisión justa y oportuna de la antes aludida pretensión”.

La naturalidad de los derechos subjetivos, y la positividad de la declaración constitucional de ellos, queda mejor expresada, afirmando que el valor justicia -con su deber ser ideal o valencia- exige adjudicar al hombre la potencia necesaria para desarrollarse como hombre: su vida, su libertad, su intimidad, su conciencia religiosa, su trabajo, su propiedad, etc.; y que el reparto constituyente -como positivo que ya es- va eliminando los obstáculos, prevaleciendo de que cualquier injusticia origina el deber ser actual de que esa injusticia cese, y un deber actuar para que quienes tienen posibilidad de hacerla desaparecer, la supriman (Bidart Campos, Germán J., “Los derechos individuales

y su declaración constitucional a la luz del valor justicia”, La Ley 137, 888 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 861).

2) En reiteradas oportunidades expresó que la fuerza normativa de la Constitución obliga a “afianzar la justicia”, por lo que la sentencia debe ser objetivamente justa de acuerdo a las circunstancias de la causa. “Nuestro ordenamiento no termina ni se cierra en la ley, porque la ley está por debajo del derecho de la Constitución, cuya supremacía comparten los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que alude el mismo inc. 22 del art. 75. Los tribunales de justicia han de ajustar sus decisiones a ese techo, y lo deben hacer “sin ley”, “con ley”, o -cuando en el caso es necesario- también “contra ley” (Bidart Campos, Germán J. “La Ley” no es el techo del ordenamiento jurídico. (Una muy buena sentencia de adopción), L. L. 1997-F, 165).

Con estos fundamentos, señalaba, además, que el derecho internacional de los derechos humanos debe incluso prevalecer sobre la ley cuando, en un caso concreto, sus circunstancias conducirían a una solución “legal” intrínsecamente injusta. “Cuando los jueces saben emplear estos standarts mediante una interpretación aplicativa a las circunstancias del caso que resuelven, muestran que en la apertura de las fórmulas hay espacio para cuantos contenidos hagan falta de acuerdo a la singularidad de cada situación, sin que la inexistencia de norma procesal específica invalide esta conclusión ((Bidart Campos, Germán J., “El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales...”, L. L. 1999-F, 623; C.N.Civ., esta Sala, 03/06/2010, Expte. 2.793/2009 “R., A. B. y G., C. J. s/ guarda”).

3) En virtud de ello, los jueces están habilitados para decretar una medida cautelar que resulta idónea en un proceso, aunque la ley no la tenga prevista, por cuanto la ley no puede, sin pecar de inconstitucionalidad, impedir o prohibir a los jueces que arbitren cuanta medida cautelar resulte idónea para cumplir con su deber constitucional de deparar, según las circunstancias de cada caso, todo lo que demanda la tutela judicial eficaz en cada proceso,

según sea la situación y la pretensión del caso (Bidart Campos, Germán J. “La prohibición de las medidas cautelares es inconstitucional”, L. L. 2001-E-1276; C. N. Civ., esta Sala, 01/11/ 2005, Expte. Nº 47.776/2001, “D. DE V., S. G. c/ M. Z., L. J. s/ art. 250 –incidente familia” y Expte. Nº 98.198/2000, “D. DE V., S. G. c/ M. Z., L. J. s/ ejecución de alimentos”).

Como se verá infra, esta protección puede consistir no sólo en medidas adoptadas en el marco de un proceso cautelar.

4) El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva incluye, asimismo, un derecho fundamental a la eficacia de la sentencia. Algo es eficaz, si logra producir efectos o modificaciones en aras a un interés o meta propuesta; y será efectivo, si es observado y aplicado por sus destinatarios.

La efectividad en las decisiones judiciales ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial de parte de los tribunales supranacionales. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos suele recordar, en sus decisiones, que “es una facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte el supervisar el cumplimiento de sus decisiones”. Incluso, apuntó que “la responsabilidad estatal no termina cuando el Juez emite la sentencia, pues se requiere que el Estado garantice los medios para ejecutar sus mandatos” (Corte IDH, 28/11/2003, caso “Baena Ricardo y otros c. Panamá”, Serie C n° 104, párr. 79, cit. por Culaciati, Martín Miguel, “El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva”, La Ley, 06/07/2012, 5).

5) La Dra. María Sofía Sagüés, en su presentación realizada en el XIV Encuentro Nacional sobre “Derechos Humanos, Justicia y Violencia”, organizado por la Asociación de Mueves Jueces de Argentina (Rosario, agosto 2007), comenzó su brillante disertación afirmando que “Es necesario llamar la atención a la realidad que subyace los variados catálogos de derechos consagrados en los diversos instrumentos internacionales y nacionales. Siguiendo a Norberto Bobio, el núcleo del conflicto “no consiste en saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es la índole o el fundamento de los mismos, si se trata de derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino más bien saber cuál es la

*forma más segura de garantizarlos para impedir que, a pesar de las solemnes declaraciones, se los viole constantemente”. La letra muerta de numerosos instrumentos tuitivos de derechos humanos exige la reacción de los operadores jurídicos.*

*Sin duda, el núcleo del problema que atañe a la vigencia de los derechos humanos se basa en la aguda contradicción existente entre las normas –plagadas de generosas consagraciones- y los hechos –rebotantes de violaciones a las mismas-. Se reclama, entonces, una imperiosa tarea tendiente a procurar generar mecanismos de tutela idóneos, que permitan salvar la paradoja señalada, llevando al plano de la realidad las prescripciones existentes sobre derechos humanos.” (Bobio, Norberto “A era dos Direitos”, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 30, cit. por Alves Pereira, Antonio Celso, “El Acceso a la Justicia y los Derechos Humanos en Brasil”, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tomo 20, julio-diciembre 1994, pág. 23).*

*De poco vale un ordenamiento jurídico si el sistema de garantías no ofrece disponibilidad para quien cree que debe defender un derecho cuente con las vías idóneas para acceder a la justicia. Así se reclama el reconocimiento del derecho a las garantías, entendiéndose como tales, según criterio de la Corte Interamericana, “aquellas que sirven para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”*

*En primer lugar es necesario partir de la base del reconocimiento del Derecho a la Jurisdicción, es decir, derecho a la tutela jurisdiccional, como garantía indispensable para el funcionamiento de la totalidad del orden jurídico. Éste es definido por la C.S.J.N., en los casos “Santos” y “Moriña”, entre otros, como el derecho de contar con la “posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil”. En definitiva, es el “Derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia”. Es decir, “el objetivo liminar de la Constitución Nacional, de afianzar la justicia, explicitado en su Preámbulo, conlleva la necesidad de garantizar al justiciable el acceso a la justicia...” (Sagüés, María Sofía, “El juez como potenciador del*

*acceso a la justicia: logros y desafíos. Perspectivas a la luz del sistema interamericano de derechos humanos”)*

*6) Señala asimismo dicha autora que el derecho humano de acceso a la justicia, piedra angular del sistema garantista, recibe una especial tutela del sistema interamericano, no debiendo obviarse su conexión con el derecho a la igualdad, la defensa en juicio, y el deber de los estados de implementar garantías idóneas y eficaces para la defensa de los derechos consagrados. Por su parte, el impacto en el orden interno es multiplicador, y exige un replanteamiento del mismo rol jurisdiccional, el cual debe nutrirse de las pautas tuitivas de derechos humanos, y, en caso de ser necesario, ejercer activamente su protección*

*Así cobra protagonismo el potenciamiento de las facultades y potestades judiciales a fines de dotar de operatividad al acceso a la justicia, y, en general, a la tutela judicial efectiva. Es decir, la exigencia de eficacia en la tutela judicial efectiva requerida por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, conlleva a la adopción de una modalidad de jurisdicción tuitiva que implica roles activistas por el Poder Judicial.*

*7) Este derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial se presenta como un derecho fundamental: le corresponde a la persona por el hecho de serlo, siendo inherente a su personalidad, inalienable e irrenunciable. Se lo ha calificado con razón como “derecho estratégico”: no sólo constituye un derecho fundamental en sí mismo, sino -a la vez- una garantía de todos los demás derechos de la persona. De su vigencia y efectividad depende la vigencia del resto de esos derechos: sin él, las más proliferas listas de derechos y libertades quedarían reducidos a un valor teórico sin existencia jurídica real. En rigor, es posible atribuirle el carácter del pilar central del ordenamiento jurídico sobre la base del cual se sostienen todas las demás garantías y derechos (Toller, F, “Libertad de prensa y tutela judicial efectiva” Ed. La Ley, p. 427 y ss.).*

*Su existencia constituye, además, una garantía “institucional”, sin la cual no es posible el Estado de Derecho: éste no es concebible cuando las*



personas no pueden recurrir a un órgano judicial o, pudiendo hacerlo, la justicia les es negada.

8) Señala Tobías que, en nuestro país, debe considerarse que la Constitución Nacional reconoce la existencia de este derecho: en concordancia con el imperativo del Preámbulo de “afianzar la justicia”, el art. 18 consagra la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, cuyo amplio significado tiene una larga tradición jurisprudencial, del que puede extraerse la existencia de un derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Su vigencia puede extraerse, además, de los Tratados y Convenciones a los que el art. 75 inc. 22 otorga rango constitucional.

“En determinadas situaciones, la tutela judicial efectiva debe ser necesariamente preventiva, sea a través del dictado de una medida cautelar, sea a través de una sentencia definitiva (que también será preventiva). No es posible en ocasiones garantizar la tutela judicial efectiva sino se obtiene una tutela judicial preventiva. Esta afirmación es particularmente relevante en materia de derechos personalísimos: como se ha dicho reiteradamente, la irreparabilidad y gravedad de los perjuicios (v.g. amenaza a la vida o publicación que puede causar un riesgo a la vida) determinan que el principio resarcitorio asuma un carácter ciertamente relativo -y aún insuficiente en algunos casos- para la tutela del derecho. No se trata de reparar el hecho dañoso una vez producido, sino anticiparse a su acaecimiento. Por todo ello, la existencia de una tutela inhibitoria definitiva y una cautelar, encuentran fundamento genérico en la Constitución Nacional sin perjuicio de otras normas constitucionales (art. 43) y legales específicas (Tobías, José W., “Derechos personalísimos y libertad de información”, L. L. 2008-A, 620).

9) Por su parte, señala Thomson en un artículo vinculado específicamente con la materia que es motivo de esta litis, que tras la reforma constitucional de 1994, nuestro país dispuso que todos los tratados presentan jerarquía mayor a las leyes con excepción de ciertos Tratados de Derechos Humanos, los que ubica con jerarquía constitucional (enumeración conf. inc. 22, art. 75 C.N.), con sujeción a su complementariedad e imposibilidad de derogar los

derechos y garantías reconocidos en la primera parte de nuestra Carta Magna.

La jurisprudencia a la hora de tutelar derechos protectorios de valores personalísimos, o el valor supremo a la vida, ha establecido en forma posterior a la reforma, que tal disposición ha significado ubicar a dichos Tratados en el nivel más alto de nuestro sistema jurídico, “... ejerciendo un efecto de irradiación sobre todas las normas positivas, al pasar los mismos a formar parte del sistema material de valores iusfundamental, toda vez que, por otro lado, la incorporación de tales instrumentos ha significado que el propio Estado ha quedado internacionalmente obligado a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales los apliquen a los supuesto que ellos contemplan, asumiendo igualmente el compromiso de respetar los derechos reconocidos en aquéllos, y de garantizar el libre y pleno ejercicio de los mismos a través de la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos, medidas éstas entre las cuales deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales” (Voto del Dr. Vigo, C. S. J. Santa Fe., 12/08/98. I., M. s/ Recurso de inconst. Aborto provocado”, Zeus, t. 78, p. J- 268)

Y son justamente estos Tratados los que contemplan disposiciones que amparan, no sólo desde el punto de vista procedimental, sino también desde el derecho material, la adopción de medidas que aseguren tanto la eficacia del trámite en miras a una eventual declaración de condena, como el Derecho de fondo. Así, son plenamente aplicables las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8 (“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 18; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. correspondiente a la “Protección Judicial” en sus inc. 1 y 2, entre otros de raigambre constitucional. Con igual sentido velan por la tutela del derecho sustancial mismo, a saber: Declaración Americana de los Derechos y

*Deberes del Hombre, art. 4; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12; Pacto San José de Costa Rica en su art. 11, inc. 1.2.3; entre otros (Thomson, Federico G. “Daños causados a través de buscadores de Internet”, L. L. 2010-B, 448).*

*Por ello, concluye el autor citado que los cada vez más frecuentes avances en materia de tecnologías de la comunicación y su indudable aplicación a los medios informáticos que integran el sistema de red mundial Internet, se traducen en ventajas al usuario que importan desde capacidades prácticamente ilimitadas de almacenaje hasta mayor velocidad en el tráfico de contenidos. Con tales, las crecientes situaciones de abuso que llevan a la concreción de actividades ilegítimas, ilegales o prohibidas a través de aquel medio en miras de anonimato e impunidad... hacen a todas luces procedentes aquellas medidas dirigidas a garantizar el amparo de los derechos afectados de modo tal de hacer efectivo el acceso a la jurisdicción, ya sea, consolidando su eficacia, o bien, obrando el derecho mismo por cuanto, la magnitud y naturaleza del medio informático como difusor de la información viciada es condición del perecimiento de la pretensión en mucho de los casos.*

*Así, debe reconocerse la necesidad de legislar sobre tutela anticipatoria determinando su caracterización, alcance y procedencia dando lugar a un remedio más, que sumado a la solución precautoria innovativa, y dependiendo de las circunstancias de cada caso, actúe el derecho mismo..., independientemente de las responsabilidades ulteriores que pudieran, o más bien corresponde, atribuirles a los sitios que operan la función de “buscadores de información” por los contenidos que hospedan en servidores de su titularidad y sub-dominios que provean, en un todo de acuerdo a las previsiones de los textos legales internacionales, y desde el punto de vista de la normativa nacional interna en materia de responsabilidad.*

*C) Fundamento constitucional de la prevención en materia de daños*

*1) En un excelente y completísimo trabajo de reciente publicación, la Dra. Matilde Zavala de González (“Función preventiva de daños”, L. L. 03/10/2011,*

*pag.1) profundiza en esta cuestión relativa a que la prevención constituye función insoslayable de la responsabilidad por daños, continuando su línea de pensamiento ya expresada en cuanto a la función preventiva y su despliegue práctico a través de tutela inhibitoria sustancial y procesal (“Resarcimiento de daños”, t. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; “Presupuestos y funciones del Derecho de daños”, p. 417 y ss.; y “La tutela inhibitoria contra daños”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, dirigida por el doctor Atilio Aníbal Alterini; ponencia “La prevención como función de la responsabilidad por daños”, presentada a las XXIII Jornadas de Derecho Civil, Tucumán, 2011).*

2 )  
*Refiere la autora que Henoch D. Aguiar (“Hechos y actos jurídicos”, t. IV, Tipográfica Argentina, p. 172), “con visión precursora, advirtió la injusticia de permanecer sin reacción cuando se afronta una fuente que ha generado y seguirá produciendo daños; mantener semejante solución, con “subsistencia del hecho capaz de dañar”, significaría “crear el derecho de perjudicar si al lado se impone la obligación de resarcir”, con opinión coincidente de Edgardo Saux, quien se refiere a un “derecho a la prevención” como materia de esta rama jurídica (“La prevención del daño”, “Jurisprudencia Santafesina”, nº 13, p. 34) y la visión de Atilio Aníbal Alterini en oren a que “en los tiempos que vienen prevalecerán las soluciones ex ante, de evitación del daño, mediante los criterios de prevención y de precaución” (“Foresight de la responsabilidad civil”, RCyS, 2010-II, Tapa), haciendo referencia también a Edgardo López Herrera (“La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones”, “Revista de Derecho de daños”, 2008-2, “Prevención del daño”, p. 193 y ss.).*

3) *Afirma sin hesitaciones la Dra. Zavala que el imperativo de no dañar reviste rango constitucional (entre otros: art. 19, Ley Suprema), y dicho principio debe ser interpretado primero en forma literal, no tanto en el sentido de indemnizar el daño ya causado (intervención ex post), sino de evitación del daño (actuación ex ante). Por consiguiente, la exigencia ética y jurídica de “no dañar” requiere ante*

todo impedir daños injustos, al margen de reparar los causados. “Con ello, queda refutada la opinión de que exista un derecho a dañar salvo concreta prohibición legislativa; la prohibición está ya contenida en nuestra Constitución. La problemática se invierte: existe un deber de no perjudicar, salvo causa de justificación”. Por ello, sostiene que el sistema de responsabilidad por daños es un derecho de preservación y no únicamente de reparación.

4 )  
La responsabilidad por daños no se ciñe a repararlos. Alcanza la asunción de gestiones impeditivas, correctivas o eliminatorias de riesgos inadmisibles o de efectos perniciosos.

5) No se trata sólo de compensar a las víctimas sino, ante todo, de evitar daños y de reponer o rehabilitar situaciones afectadas, al menos para estrechar la nocividad futura.

6 )  
Esa prevención integra la responsabilidad como función esencial y autónoma; debe constituir finalidad primaria, en lugar de derivación colateral y secundaria, inducida por la vigencia de obligaciones resarcitorias.

7 )  
“La autonomía -que no significa aislamiento- abre cauces a pretensiones procesales preventivas más allá de las de índole cautelar y al servicio de una pretensión principal. Es viable el ejercicio de acciones sustancialmente preventivas, cuyo objeto reside en prohibir que el demandado cause el daño o siga produciéndolo. Así, una demanda judicial puede tener finalidad exclusivamente preventiva, cuando el interés de la víctima se ciñe a coartar la prosecución o intensificación de perjuicios, sin promover una pretensión reparadora”.

8) Por tanto, “como contrapartida del deber de prevención, se percibe un derecho a la seguridad, declarado en los arts. 42 y 43 de la Constitución, señalando textualmente que “dicha eminente prerrogativa a la seguridad se propaga hacia otros bienes preciados, como la dignidad frente a agresiones por órganos de comunicación masiva o afrentas a través de Internet, máxime

si poseen proyección grupal. En definitiva, a las injustas discriminaciones tenidas en vista por la Constitución, deben equipararse otras afrentas con negativa incidencia social, como muchas inferidas al honor, privacidad o identidad personal”. Tal es el caso de autos.

9 )  
El objeto preventivo no entorpece ni neutraliza el sistema. Al contrario, complementa, enriquece y se interrelaciona armónicamente con sus presupuestos y efectos. La prevención consolida y enlaza principios de libertad y responsabilidad, al delimitar lo permitido y lo prohibido. El art. 19 de la Constitución condensa esos axiomas básicos para la convivencia: una regla de libertad, en cuya virtud nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni puede ser privado de lo que ella no prohíbe, y otra de responsabilidad, según la cual quien daña a otros debe dar cuenta de sus actos. Resuenan las ideas tradicionales de que no hay libertad sin responsabilidad y de que el hombre es libre precisamente porque es responsable.

3) Se registra un tránsito axiológico, desde un individualismo exacerbado cuyo axioma era “dejar hacer” con tal que el daño se pague, hacia exigencias de solidaridad que imponen la reparación de daños injustos aunque deriven de comportamientos lícitos. Esto da respuesta al argumento de la codemandada Yahoo! acerca de que licitud de la actividad que despliega.

Por eso, no debe evaluarse sólo “la libertad de quien amenaza injustamente el derecho de otro, sino el derecho de ese otro de no sufrir la amenaza” (Nicolau, Noemí Lidia, “Prevención de daños derivados del accionar empresario”, en “Revista de Derecho de daños”, 2008-2, “Prevención del daño”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 341 y ss., citado por Zavala de González, “Función preventiva de daños”, ob. cit.).

Afirma la misma autora en el trabajo que se reseña, y cuyos fundamentos se comparten, que procede equilibrar los costos empresarios con la entidad de daños potenciales y de ventajas del responsable. “A título ilustrativo, no puede ser igual la carga preventiva exigible contra el titular de un blog o el de



*una red social, pues por hipótesis la potencialidad y expansión nociva es inmensamente superior en el segundo supuesto”.*

*Entre otros fundamentos axiológicos, la garantía como factor de atribución se sustenta en que el responsable tiene poder y control sobre la actividad (muchas veces es además un empresario o una persona solvente), mientras que las eventuales víctimas se encuentran inermes y no pueden adoptar precauciones; o sea, aquél es fuerte para prevenir el daño y éstas son débiles ante el problema lesivo y sus consecuencias (Zavala de González, Matilde, “Actuaciones por daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 227).*

*Por ello, las gestiones de resguardo deben ser soportadas por los sujetos que se encuentren en mejores condiciones para prevenir el daño, y conforme resulta de la prueba pericial producida en estas actuaciones y en la causa conexa, las accionadas pueden arbitrar los medios técnicos para anular o al menos minimizar el daño que en el futuro pudiera producirse.*

*4) La prevención tiene, además del fundamento constitucional referido, respaldo normativo en preceptos generales del Código Civil, como el art. 1067 referido al acto que puede causar daño, y muchos específicos insertos allí y en leyes complementarias (reseña en Zavala de González, “La tutela inhibitoria contra daños”, RC y S, 1999-1 y ss.). El principio de prevención ilumina presupuestos tradicionales de responsabilidad, revitalizados a través de nuevas estructuras.*

*Dentro de tal orientación, procede adoptar una noción amplia de daño; no sólo el resarcible sino comprendiendo la perturbación en el goce de un interés digno, reversible mediante una conducta impeditiva o correctiva.*

*En caso de peligro antijurídico contra un interés, “la disponibilidad del bien por el sujeto (núcleo del interés) ha sido alterada. Un hecho que pone en peligro el goce del bien constituye sin dudas una perturbación, que en rigor significa, por sí misma, un empeoramiento del interés. La diferencia puede hallarse en la diversa reacción jurídica a uno y*

*otro caso. De manera tal, que recogemos una noción de daño amplia, que comprende no sólo al evento ya verificado sino también a una situación reversible por medio de un comportamiento ajeno”.* De Lorenzo, Miguel Federico, “El daño injusto en la responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. p. 17, nota 11, en el mismo sentido: Avalle, Damián A., “De la reparación a la prevención del daño”, JA 2005-I-1063). Además, el deber de prevenir acentúa la relevancia causal de omisiones, incluso ante procesos desatados por otros sujetos o fenómenos naturales.

*5) En sentido coincidente, Parellada precisa la necesidad de revisar criterios pretéritos que circunscribían la responsabilidad por omisiones “simples” (Parellada Carlos Alberto “Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)”, en “Revista de Derecho de daños”, 2003-2, “Relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 103 y ss.). Por tanto, si la buena fe lo exige, la obligación preventiva se extiende incluso a peligros de daños que el sujeto no ha causado. Surge obligación de actuar para impedir la generación, subsistencia o agravación de menoscabos provenientes de cursos causales ajenos. Una injustificada prescindencia puede aparejar responsabilidad por el perjuicio no evitado.*

*Por su parte, la antijuridicidad no se ciñe a una causación prohibida de perjuicios; se propaga a la creación de riesgos indebidos o amenazas de daños injustos, así no lleguen a producirse (Zavala de González, Matilde, “Función preventiva de daños”, cit.).*

*6) Por su parte, señalan Tobías y Garaicoechea que una de las características distintivas de la moderna teoría de la responsabilidad civil, es la de atribuirle una función de “prevención” del daño. Esta función se presenta como un complemento de las tradicionales vías “resarcitorias”, que actúan como respuestas al daño “ya” causado. Se ha dicho con razón que desde el punto de vista de la víctima la prevención del daño es preferible a su reparación, destacándose la necesidad de la tutela de los derechos por el procedimiento de evitar el daño, consagrándose los medios idóneos para ese fin.*

*La indicada función preventiva adquiere un especial significado en materia de derechos personalísimos, debido a la particular relevancia de estos derechos y a la comprobación del carácter relativo y en general insuficiente del intento de reparación del daño (no siempre la condena a reparar el daño dará íntegra satisfacción a quien vio afectado su honor, su intimidad o su integridad física). De ahí que en la materia de los derechos personalísimos se perfila un criterio que postula una directiva amplia de prevención del daño. Diversas normas de derecho privado dan sustento a la tutela preventiva, siendo destacable el art. 1071 bis del Cód. Civil, que autoriza al juez para hacer cesar la conducta perturbadora en caso de atentados al derecho a la intimidad (ver también art. 79 ley 11.723, arts. 39 y 40 ley 21.541, etc.), propugnándose la extensión de las medidas de prevención a los otros derechos personalísimos (Tobías, José W., Garaicochea, Karina, “Derechos personalísimos y prevención del daño. Medidas cautelares y la prohibición constitucional de la censura previa” Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: José W. Tobías, Editorial LA LEY, 2003, 151).*

*Refieren los autores citados las distintas opiniones doctrinarias relativas a los supuestos de colisión entre la prevención del daño en los derechos personalísimos con la regla constitucional que prohíbe la censura previa, a fin de dilucidar si los jueces pueden prohibir la realización de ciertas publicaciones (en cualquiera de las formas de expresión del moderno proceso comunicacional) o impedir su difusión y circulación cuando atenten en forma manifiesta contra algún derecho de esta índole.*

*Por las razones supra expuestas, no cabría siquiera hablar de censura previa si no estamos frente a ideas, opiniones, informaciones, en suma, si las medidas requeridas en modo alguno afectan la libertad de expresión.*

*Máxime cuando el “naeminem laedere” exige no sólo abstenerse de causar un daño a otro, sino también -y fuera de toda relación obligacional-, activar o desplegar un comportamiento tendiente a*

*evitar a otro un perjuicio (De Lorenzo, Miguel F., “El daño injusto y la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, pág. 92, nota 185; C.N.Civ., esta Sala, 17/11/2011, Expte N° 13719/2004, “Cano Juan de la Cruz y otro c/ Fleiss, Rolando y otros s/ daños y perjuicios”).*

*7) En otra obra de su autoría, señala Tobías que una de las características centrales del moderno derecho de daños, reside en que la prevención constituye una nueva de sus funciones esenciales. Desde el punto de vista de la víctima y de la sociedad toda, es preferible la prevención a la reparación.*

*En las sociedades actuales, especiales razones concurren a acentuar la necesidad de la prevención: la multiplicación de los riesgos y la acentuación de su magnitud; la extensión de actividades que llevan a asumir deliberadamente las consecuencias resarcitorias ante las mayores ganancias que generará la realización deliberada del daño; el excesivo costo que supone impedir o atenuar las consecuencias dañosas anexas a una determinada actividad.*

*“Esta nueva función del derecho de daños asume una relevancia superlativa en materia de derechos personalísimos: no sólo por la naturaleza del bien jurídico protegido, ya que su calidad intrínseca hace más enérgica la necesidad de la defensa (Morello, Augusto, “Tutela procesal del derecho a la integridad personal”, JA 985-II-775) sino por la fragilidad e infungibilidad de los bienes protegidos, y porque constituye un dato de la realidad el carácter relativo y generalmente insuficiente de la reparación de una lesión. La afectación del honor, la reputación, la intimidad o la identidad personal difícilmente encontrará una adecuada reparación por las vías resarcitorias y es irreparable el daño a la vida” (Tobías, José W., “Derechos personalísimos y libertad de información”, L. L. 2008-A, 620).*

*8) También Galdós afirma el fundamento constitucional de la prevención en materia de daños. “La protección de la persona humana en toda su compleja dimensión vital, en su “mismidad” como solía decir el maestro Germán Bidart Campos, constituye preocupación permanente del quehacer jurídico. No caben dudas que la actual sociedad*

de riesgo genera nuevas causas -individuales y colectivas- de dañosidad a la integridad psicofísica de la persona y también desarrolla, en paralelo, nuevas técnicas científicas que permiten identificar otros daños, sus orígenes, el nexos causal e individualizar su autoría”.

“...la constitucionalización de derechos humanos como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, la adscripción constitucional del principio del “alterum non laedere” en el art. 19 de la Constitución Nacional, la vigencia del principio de la reparación plena e íntegra..., el respeto por la autodeterminación personal y el vigoroso desarrollo de la protección de los derechos personalísimos, a la intimidad, imagen, honor, identidad, privacidad, a los datos personales” evidencian que la función de la responsabilidad civil no se agota con la reparación, sino que con igual jerarquía axiológica se le suma la prevención y hasta la punición (Galdós, Jorge Mario, “Acerca de los daños a la persona” RCyS 2005, 35).

9) Lorenzetti sostiene, asimismo, que el principio genérico de no dañar, la protección de la persona, la propiedad y el patrimonio tienen rango constitucional, y la prevención tiene su fuente en la Constitución.

“La responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva. La evolución se ha basado en la mudanza de una serie de paradigmas: “de responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización”, del “daño a la propiedad” al “daño a la persona”, del daño individual al daño colectivo, de la reparación a la prevención”.

La tutela inhibitoria, tanto definitiva como cautelar, tiene finalidad preventiva, ya que el elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación.

Este dato normativo le confiere algunas características especiales:

a) En primer lugar, prescinde de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la mera amenaza;

b) El acto ilícito se caracteriza normalmente por una

actividad continuativa, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Este elemento es necesario porque hace a la posibilidad de prevenir.

c) La acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido.

d) La culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura.

e) Es habitual que se trate de perjuicios que, si se concretan, no son monetizables. Si bien este elemento no es esencial, es en este campo donde mayor desarrollo ha tenido.

f) También es habitual que se refiera a bienes infungibles, porque en ellos se revela claramente la necesidad de prevención.

En consecuencia, el principio genérico de no dañar a otro, conforme lo ha señalado la doctrina en forma coincidente, tiene rango constitucional y esta afirmación –señala Lorenzetti- tiene una gran importancia en dos aspectos: los ámbitos de responsabilidad y la tipicidad. En cuanto a la tipicidad, se ha producido una mudanza relevante: de la antijuridicidad formal y típica, a la antijuridicidad material, y de allí a la introducción de una cláusula general de responsabilidad. Un análisis del derecho comparado muestra sistemas basados en una tipicidad rígida y otros prácticamente sin tipicidad, las diferencias se van diluyendo en el campo de las soluciones concretas.

El Código Civil argentino vigente incorporó una cláusula general (art. 1109) y también un límite basado en la antijuridicidad formal (art. 1066, Cód. Civil) (conf. Bueres, Alberto J., “Comentario al artículo 1066 en el Código Civil y normas complementarias” (dirigido por Bueres-Highton), p. 42, Bs. As., 1999), pero en la práctica jurisprudencial se ha avanzado notablemente en el campo de la antijuridicidad material y de los actos ilícitos atípicos. Se ha producido un cambio hacia una concepción que ya no admite un sistema de ilícitos típicos cerrado, que



había gobernado la economía del derecho privado en los últimos dos siglos, postulándose un esquema más flexible.

Esta mudanza responde a la necesidad de dar respuesta a nuevos intereses merecedores de tutela, con lo cual la responsabilidad dejó de girar alrededor del acto ilícito para admitir progresivamente la regla de que se responde cada vez que se lesiona un interés merecedor de protección (Lorenzetti, Ricardo L., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, Sup. Const. Esp. 2003 (abril), 106, L. L. 2003-C, 1184, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 207-RCyS 2010-II, 265).

Una vez más, estos fundamentos dan respuesta a la argumentación insistentemente utilizada por la coaccionada Yahoo! en cuanto a la posibilidad de que exista responsabilidad aun cuando no se verifique una ilicitud derivada de una norma expresa relativa a la actividad que desarrolla esta empresa.

10) Hace ya más de dos décadas sostenían en el mismo sentido Morello y Stiglitz que existe en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la prevención como garantía individual y social, implícitamente cubierto por el generoso manto amparador de la Constitución Nacional (Preámbulo, arts. 14 y siguientes, 28, 33).

Recordando un voto de Boffi Boggero, señalaban que la orden “de hacer” o “no hacer”, apta para satisfacer exigencias vitales y perentorias de tutela, dirigida a la evitación de nuevos daños análogos en defensa de la comunidad, supone la asunción de una de las funciones más trascendentes de la justicia: la del control jurisdiccional, que debe ponerse en marcha siempre que contra un derecho constitucional se alzare una amenaza ilegal de tal magnitud que le pusiere en peligro efectivo e inminente. Porque en tales hipótesis el derecho cuyo amparo se reclama no puede quedar indefenso, aun en ausencia de una específica norma legal, “y lo contrario significaría desconocer además que en estos casos se actuaría también aplicando una norma: la constitucional”.

La función judicial de control, así concebida, adquiere particular relieve en materia de reacción

frente a los eventos dañosos. Porque dentro de la idea según la cual las fuerzas ínsitas en el ordenamiento estatal no solo están enderezadas hacia propósitos sancionatorios o coactivos, sino manifestando su eficacia también en forma preventiva, comienza a subrayarse, dentro de las técnicas del derecho de daños, la noción de la prevención, a la par del resarcimiento. Se persigue la evitación o cesación de las situaciones lesivas, porque en verdad también el peligro de daño incide negativamente sobre la seguridad en el goce de los bienes, por parte de los miembros de la comunidad.

La procedencia del remedio preventivo deviene incuestionable, cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos, que ya ha comenzado a realizar una determinada actividad, con el fin de reparar el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad prosiguiera, actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo “obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz”(Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A., “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, L. L. 1987-D, 364; Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales Tomo I, 549 y de los mismos autores, “Tutela procesal de derecho personalísimos e intereses colectivos”, ps. 85 sigtes., Ed. Platense, La Plata, 1986).

11) También cada uno de estos autores citados en último término ratificó las opiniones vertidas en otros trabajos.

Morello, comentando un caso en que sí se trataba de una prohibición que afectaba a medios periodísticos amparados en la libertad de prensa, señalaba que igualmente que “en supuestos determinados, plenamente justificados (excepcionales y por ende residuales), la intervención judicial (prudente y razonable) deviene necesaria la tutela preventiva de los jueces. Dentro los límites genuinos, la prohibición funciona como la técnica idónea para impedir un daño irreparable. Y ello es misión cardinal de la Justicia, que debe contribuir al respeto debido a Derechos Fundamentales que cuentan con una cobertura constitucional, a garantizar que

su efectividad, no sea inferior a la de la libertad de prensa. Por ende, es deber de los jueces preservar cuando el derecho o bien protegido, en el caso, no es subalterno ni secundario.

La función preventiva de las técnicas instrumentales (de prohibir, impedir, limitar o condicionar) pone en registros inéditos la plenitud del conocimiento de los jueces en zonas antes vedadas o ariscas a su activismo. La vida moderna, sus tensiones, conflictos, aceleraciones, no puede hacer que los jueces se sustraigan de conocer de esos problemas, cada vez más mayores, para posibilitar una convivencia civilizada. El hombre de derecho debe encontrar las fórmulas que, en cada tiempo, procuren hacerla realidad.

“Como lo venimos destacando con insistencia, en compañía de la más autorizada opinión de los procesalistas contemporáneos -Cappelletti, Storme, Tarcia, Carpi, Comoglio, Taruffo, entre otros-, es beneficioso en materia de daños, prevenirlos, tratar de impedir que ellos ocurran, no aguardar a que se consumen y se desemboque en el proceso (de tardíos resultados), de la reparación o resarcimiento. Es la dimensión social que preserva la paz social y los resultados útiles de la Jurisdicción” (Morello, Augusto M., “Test de constitucionalidad para acceder a la tutela judicial preventiva en resguardo del derecho a la privacidad, frente a la libertad de prensa”, L. L. 2002-A, 754 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 601).

Stiglitz, a su turno, reafirmó que la tendencia primaria del derecho privado, frente al fenómeno de daños extracontractuales derivados de la actividad informática, debe asumir un cariz de índole preventivo. Un sistema estrictamente resarcitorio adolece de serias limitaciones intrínsecas y por ende debe ser coordinado con técnicas inhibitorias, también accionables ante la Justicia Civil. Tal necesidad se hace particularmente ostensible cuando viene amenazada la intimidad personal (Stiglitz, Gabriel A. y Stiglitz, Rosana M., “Responsabilidad civil por daños derivados de la informática”, L. L. 1987-E, 795; Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales, Tomo VI, 47).

12) Gozaini, hace ya más de una década, señalaba

la coincidencia de la doctrina civilista en que el principio “el daño injustamente causado origina el deber de reparar”, ha tornado hacia otro de carácter preventivo que busca evitar el daño, siendo este derecho tan importante que merece tutela constitucional.

Con cita de Zavala de González (“La Tutela Inhibitoria contra Daños”, RCyS, 1999-1) coincide el distinguido procesalista en que esta variable se trata de un principio general de Derecho con rango constitucional: las acciones perjudiciales están sometidas a la autoridad de los magistrados (art. 19, Constitución Nacional) y la protección jurisdiccional de los derechos y garantías no se ciñe a lesiones efectivas, sino que comprende las amenazas de lesión (art. 43, al regular la acción de amparo). De este modo, en lugar de pagar una indemnización que sustituye el dolor a cambio de una suma de dinero, la denominada tutela inhibitoria pretende impedir el perjuicio derivado de un daño potencial.

Recoge, asimismo, las opiniones de Noemí L. Nicolau (“La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional”, L.L. 1996-A 1245) y Ricardo Lorenzetti (“La tutela civil inhibitoria”, L. L. 1995-C, 1217), afirmando que el tránsito de la reparación ex post facto a la prevención del daño, supone al mismo tiempo modificar el eje de atención normativo. Mientras ab initio se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la indemnización que era un valor equivalente a la ponderación del daño sufrido, ahora se convierte en un derecho creditorio que persigue garantizar en su integridad al derecho en sí mismo.

Las modalidades de la tutela inhibitoria que, dicho en otros términos, supone encontrar una vía procesal por la que un juez pueda ordenar medidas inmediatas que eviten la producción de daños o impidan su continuación, puede tener algunas de estas variables: a) Protección inmediata a través de una medida provisional o definitiva, pero donde el proceso continúa; b) Protección inmediata que satisface plenamente la pretensión y, como tal, termina el procedimiento con la sentencia. Admite, asimismo, la posibilidad de plantear la medida

de prevención como pretensión autónoma, en cuyo caso la decisión judicial agota (en teoría, se satisface el objeto procesal) la instancia y termina el proceso.

También suele mencionarse como una alternativa al uso de la tutela inhibitoria, las acciones llamadas “negativas” y “positivas”. Son los casos donde la medida se confronta con las famosas “injunction” del derecho anglosajón, donde el juez puede ordenar que un acto se produzca con el fin de evitar un perjuicio (“mandatory injunction”), o prohibir la ejecución de otro con idéntica finalidad (“prohibitory injunction”).

Se trata de supuestos donde el ilícito se puede concretar a través de una conducta o mediante la omisión; en el primer supuesto, la orden impide la continuidad del daño; en el segundo evita su aparición. Asimismo, la orden de hacer también se puede aplicar cuando se pretende impedir la reiteración de actos perniciosos o nocivos. Finalmente, la actitud preventiva puede llegar a instancia del juez que resuelve en una causa común (Gozaini, Osvaldo Alfredo, “El amparo como vía de Prevención del daño”, L.L. 2000-F, 1105).

De modo pues que, a mi criterio, las peticiones formuladas encuadran perfectamente, desde el punto de vista procesal constitucional, en las distintas alternativas de tutela descriptas.

13) En su ponencia “Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)”, presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños – “Por una sociedad más equitativa” (Buenos Aires, 9 y 10 de Junio de 2005- Facultad de Derecho - Univ. de Buenos Aires, <http://www.aaba.org.ar/bi22n004.htm>), Claudio Fabricio Leiva realiza un completo análisis de las distintas posiciones en orden a este tema, afirmando, con cita de Nicolau, Morello y Stiglitz, la existencia de un “derecho a la incolumidad de los derechos”, consistente en que el sujeto permanezca sin sufrir menoscabos en ellos y en virtud del cual el sujeto pueda lograr no sólo la reparación del daño ya producido, sino la evitación y la prevención del que está a punto de producirse.

Señala el autor citado que quizás uno de los desafíos del momento para el ordenamiento jurídico consista, precisamente, en dar respuestas acordes a situaciones en las que la reparación del daño queda relegada a un segundo plano, adquiriendo protagonismo la cuestión de “prevenir” o “evitar” el daño. El cambio de óptica operado en el Derecho de Daños ha dado un rol protagónico a la justicia distributiva: la preocupación del legislador y del intérprete es proteger al débil jurídico, la víctima que ha sufrido un daño en forma injusta. El efecto distributivo del Derecho de Daños también es alegado, con particulares contornos, desde el Análisis Económico del Derecho.

El Derecho de Daños es la especialidad desde la cual surgen los grandes principios de la prevención del daño como una faceta importante y diferenciada de la función reparadora tradicional; sin embargo, ese nacimiento en el derecho de fondo presenta hondas raíces en el derecho constitucional, y vinculaciones ineludibles con el derecho procesal.

La utilización de medios informáticos se presenta como uno de los ámbitos en que se requiere por parte del Derecho la elaboración de herramientas técnicas a los fines de evitar la producción o la reiteración o el agravamiento de los daños causados como consecuencia de aquella.

Si bien toda actividad humana genera, en función de las circunstancias, márgenes de riesgo de daño para terceros, aún la más inofensiva, en materia de prevención de daños informáticos, la cuestión radica en descifrar dónde poner el límite para mensurar cuándo ella pueda o no ser limitada.

14) En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, bajo el título “Pretensiones judiciales preventivas” los Dres. Matilde Zavala de González y Rodolfo González Zavala, presentaron la siguiente ponencia:

1. La prevención del daño exige soluciones judiciales adecuadas
2. La idea sustancial de prevención del daño está subyacente y fundamenta numerosas figuras procesales. Sobre todo, las pretorianas: amparo por amenazas, medida autosatisfactiva, sentencia



*anticipada, mandato preventivo oficioso, ejecución provisoria.*

*3. Las pretensiones procesales preventivas no se ciñen a las de índole cautelar y al servicio de una pretensión principal.*

*4. Una demanda judicial puede tener finalidad exclusivamente preventiva, cuando a la víctima sólo le interesa evitar la producción, continuación, repetición o agravación de daños, sin pretender reparación.*

*5. Dada la relevancia axiológica de la tutela sustancial inhibitoria, no debe ser interpretada como excepcional, ni aplicarse con criterio restrictivo.*

*6. Las condenas preventivas pueden traducirse en órdenes de dar, hacer o no hacer. Corresponde privilegiar el resultado práctico buscado (tutela específica) mediante sanciones conminatorias, evitando así la conversión del mandato originario en una indemnización dineraria sustitutiva.*

*7. Es más adecuado el concepto de daño "irreversible" que el de daño "irreparable", utilizado en numerosos preceptos como circunstancia justificadora de la función judicial preventiva.*

*8. Por sobre la regla instrumental de congruencia, la seguridad requiere proteger judicialmente, sin dilaciones, intereses fundamentales como la vida y salud de las personas.*

*9. La protección preventiva puede disponerse: (a) sin solicitud de la víctima; (b) en interés de terceros que no son parte en el litigio; y (c) aunque el destinatario de la orden tampoco haya intervenido en él.*

*10. La defensa en juicio del afectado por mandatos inhibitorios se resguarda admitiendo recursos no suspensivos y, según las circunstancias, exigiendo contracautela previa.*

*11. Procede incorporar al Código Civil una norma que consagre genéricamente la atribución judicial de ordenar que los daños se eviten, cesen o no agraven, incluso de oficio.*

*15) En otra ponencia presentada por Matilde Zavala de González, "La prevención como función de la responsabilidad por daños" en las XXIII Jornadas*

*Nacionales de Derecho Civil, luego de reiterar los fundamentos de su posición "La prevención integra la responsabilidad por daños como función esencial y autónoma. No entorpece ni neutraliza el sistema, sino que complementa, enriquece y se interrelaciona armónicamente con sus presupuestos y efectos", y plantear algunos puntos ya reseñados precedentemente al sintetizar su opinión en la materia, añade ciertas consideraciones que es de interés remarcar, manteniendo su numeración original:*

*7. Hay un derecho a la seguridad, declarado en los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución para protección de consumidores, discriminados, ambiente y derechos de incidencia colectiva en general. Dicha prerrogativa se propaga hacia otros bienes preciados, como la dignidad frente a agresiones por órganos de comunicación masiva o afrentas a través de Internet, máxime si poseen repercusión grupal.*

*22. Son intolerables perjuicios drásticos o irremediables a la vida, salud o dignidad, o al medio ambiente. Reclaman inmediata reacción para detenerlos y dismantelarlos, reintegrando la situación anterior en cuanto sea factible.*

*24. El deber de prevenir acentúa la relevancia causal de omisiones, incluso ante procesos desatados por otros sujetos o fenómenos naturales. Una injustificada prescindencia puede aparejar responsabilidad por el perjuicio no evitado.*

*25. Según las circunstancias, las gestiones preventivas se encuentran a cargo no sólo de potenciales dañadores, sino también de víctimas eventuales a fin de autoprotección, o sobre quienes ya han sido damnificados con el objeto de paralizar o aminorar el curso nocivo.*

*16) En las Conclusiones de la Comisión Nº 3 "(Derecho de Daños"- Tema: "Principios de prevención y precaución" de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), se consignó, con relación a los aspectos generales (de lege lata), que:*

*1.- La función preventiva es prioritaria en el Derecho de Daños. (Disidencias de los Dres. Ma.*

José Lovigné y Juan M. Zavaleta, que propusieron “la función de evitar la producción o agravamiento de daños es prioritaria en el Derecho de Daños”, y de los Dres. Novelli y Tabares: “Las funciones de prevención y precaución son prioritarias en el Derecho Daños”.

2.- Los principios de prevención y precaución se inscriben dentro de esa función.

3.- Dichos principios proyectan su operatividad en el campo sustancial y procesal.

4.- Las instituciones que determinan condenas pecuniarias implican una función de prevención general que se adiciona a la función de prevención especial.

Los Dres. Frúgoli y Botta recomendaron, de lege lata y lege ferenda, que los principios generales de prevención y precaución deben interpretarse bajo las pautas de los actuales arts.1071 (Abuso del Derecho), 1198 (Buena Fe), 902 y 512 (previsibilidad y diligencia) del Código Civil.

En cuanto a los aspectos particulares, establecieron las siguientes conclusiones de lege lata:

1.- Prevención del daño:

a) El principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños. (Abstención de los Dres. Novelli y Tabares)

b) El principio de prevención comprende, entre otros, el deber de evitación del daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención.

c) El deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento.

2.- Acción preventiva:

a) En la acción preventiva no es aplicable la noción de factor de atribución. Disidencia de los ponentes Della Maggiora Atilio y Maineri Romina: La imposición de un deber de prevención a un sujeto de derecho privado debe reposar en una razón o fundamento axiológico que justifique, adecuadamente, que la prevención de riesgo de daño sea asumida por un

particular.

b) Están legitimados activamente para obrar todos aquellos que acrediten un interés mínimo pero razonable, individual o colectivo.

3.- Efectos de la sentencia:

a) La tutela inhibitoria –de oficio- es procedente en aquellos supuestos en donde se patentice el riesgo, cualquiera sea el objeto del proceso.

b) En el marco del régimen jurídico vigente se deben utilizar con amplitud todos los mecanismos para asegurar la eficacia de la sentencia que ordene la prevención.

De lege ferenda: “se recomienda plasmar normativamente estas conclusiones. En especial, se recomienda la tutela inhibitoria y la multa civil”.

17) El derecho moderno comenzó a cuestionar la ecuación daño/reparación, lo que lleva a abrazar el concepto prevención, capacitación, sensibilización; que conduce a una ecuación inversa a la de la sanción. Habrá entonces que asumir un rol preventivo a través del aprovechamiento de la ventaja tecnológica a fin de evitar o al menos minimizar la generación de daños. En foros internacionales se ha coincidido acerca de la necesidad de instar a los proveedores de internet a desarrollar e implementar códigos de conducta.

Si bien el marco normativo constituye la base para el ordenamiento de una actividad y para el reconocimiento de los derechos, no podemos desligarnos de la consideración acerca de la efectividad de las reglas, reconociendo la necesidad de complementar la escena con una mirada responsable que no se agote en la sanción y se proyecte hacia la prevención (Simari, Virginia, “La privacidad en la era digital, ¿protección o redefinición?”, L. L. Sup. Act. 21/12/2010, pag.1).

También López Herrera, entre otros, adhiere a la tutela inhibitoria: “Respecto de Internet es posible la actuación ex ante de que el daño ocurra. No se trata de censura previa porque se actúa después de que el contenido aparece en la red, pero antes de que cause un daño que se reputa de muy probable ocurrencia” (López Herrera, Edgardo, Teoría

*General de la Responsabilidad Civil*, pág. 803, Lexis Nexis, Bs. As., 2006).

18) No puede dejar de mencionarse el relevante aporte en este tema de Luis A. Valente (*Tratado de la Responsabilidad Civil – El Derecho de Daños en la actualidad: Teoría y Práctica*), dirigido por Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, Tomo IV, Capítulo 16, La Ley, Bs. As., 2004, pags. 447 y sigtes. y sus citas).

*“Cierta óptica especulativa ha puesto un matiz ineluctable ante el tratamiento de la temática relativa al riesgo contemporáneo, y que el hombre de derecho no puede eludir en su análisis prospectivo: nos referimos al componente futuro de la amenaza, que se traduce en la idea de que los riesgos tienen que ver esencialmente con la previsión, con destrucciones o consecuencias que aún no han tenido lugar, pero que son inminentes, y que precisamente en este significado ya son reales hoy”.*

*“La actividad jurisdiccional debe intervenir a fin de contribuir a evitar el daño, o bien, el que se espera que continúe causando nefastas consecuencias como ocurre cuando se aguarda que el evento produzca más efectos, y debe entonces y de alguna forma, amortiguárselos. Es invitar a que una actuación oportuna del operador jurídico impida o atempere los daños”.*

Puntualizando el tema en la esfera de los derechos personalísimos, agrega “podemos hablar abiertamente de la prevención ante el evento conocido y el riesgo cierto; en tanto que también cabe hablar de presunción ante el riesgo incierto o meramente probable... a medida que la responsabilidad se va nutriendo en un escenario en donde la ciencia y la técnica provocan un sideral acercamiento de los seres vivientes al peligro, la sola idea de riesgo se involucra con la de responsabilidad”.

Aludiendo a la idea de actividad riesgosa, señala que en materia preventiva, es la idea de riesgo la que justifica la toma de posición y el ejercicio de las acciones tendientes a paralizar a la acción antijurídica en su ocurrencia valorativa. “Es la idea

de actividad temida el eje estratégico del discurso”, aun cuando estemos ante transgresiones que, en principio, pueden responder a actividades lícitas o permitidas, pero que a su vez poseen ese modo de ser potencialmente peligroso (ob. cit., pág. 456).

19) Finalmente, y aun cuando todavía no cuenta con sanción legislativa –encontrándose en trámite parlamentario– no puede dejar de mencionarse que el criterio que aquí se propone es el que ha sido recogido en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011, que bajo la dirección de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti (Presidente), Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci y con la colaboración de muchos de los más prestigiosos doctrinarios y académicos de nuestro país.

Así, en el Título V: “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1: “Responsabilidad civil”, Sección 1°: “Disposiciones generales”, Artículo 1708.- “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.”

En la Sección 2°: “Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva” se incluyen las siguientes normas específicas:

“Artículo 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.”

“Artículo 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño,



su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.  
“Artículo 1712.- Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.”

“Artículo 1713.- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.”

“Artículo 1714.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Se agregan en el art. 1715 disposiciones relativas a la “Punición excesiva”: Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

En los fundamentos concernientes a este aspecto de la reforma, se consigna expresamente que el artículo que define los alcances del deber de prevención adopta el modelo del Proyecto de 1998 (artículo 1585), proponiéndose una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales, conforme con criterios señalados por la doctrina.

La omisión del deber de prevención da lugar a la

acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) *autoría*: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño b) *antijuridicidad*: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) *causalidad*: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.

“Se delimitan los siguientes criterios para la sentencia de finalidad preventiva: a) se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquéllos en que es provisoria; b) en ambos supuestos, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos; c) el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por: la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible; la utilización del medio más idóneo; la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad. Estos parámetros permiten una valoración más exacta y un control judicial sobre las medidas que se adopten; d) el juez puede disponer esas medidas a pedido de parte o de oficio”.

20) De modo pues, que desde las distintas ramas del derecho –constitucional, civil y procesal-, y citando sólo a modo de ejemplo algunos de los muchos autores que han escrito sobre el tema, ninguna duda cabe acerca del fundamento constitucional no sólo del principio del *alterum non laedere*, sino también el de la prevención del daño, que, a mi modo de ver, no es más que un modo de hacer efectivo dicho principio, en su grado de mayor utilidad.

Por ello he dedicado tan larga extensión a estos aspectos que se vinculan con lo que, a mi criterio, es lo medular de la demanda incoada, omitido en la sentencia de grado, más allá del resarcimiento solicitado y de las virulentas opiniones en uno u otro sentido que han volcado las partes en las actuaciones y que han tenido eco en opiniones doctrinarias y notas a fallo igualmente encendidas en cuanto a la responsabilidad civil de los buscadores.

*Ello así, por cuanto no habrá resarcimiento pecuniario fundado en daño moral o material que compense los perjuicios ya ocasionados y el daño futuro e incierto que podría continuar generándose –y eventualmente agravándose ante una respuesta judicial que garantice la impunidad más absoluta- si no se admite una tutela inhibitoria.*

*Dicho en otras palabras, aun cuando se adhiriera a la posición favorable a la falta de responsabilidad más absoluta de las aquí demandadas –que no es la que propiciaré- este aspecto, técnicamente posible según no sólo la pericia realizada en esta causa, sino también en todas aquellas otras que se han conocido a través de otros pronunciamientos, no podría en ningún caso dejar de ser admitido sin grave desmedro de los más básicos derechos de quienes se ven afectados por situaciones similares.*

*XIV.- Un motivo que incide en la dificultad práctica de aplicación normativa de los Estados no es, precisamente, la ausencia de leyes, sino todo lo contrario, el exceso y contradicción de éstas, que provoca una dispersión de derechos, representativa de que el derecho internacional no es un gran movimiento de unanimidad o un derecho de todos, a lo que se agrega la diferencia entre los sistemas jurídicos basados en el common law y los de origen romanista, como asimismo la existencia de una multiplicidad de normas de diversa jerarquía en cada Estado, muchas de ellas aplicables por extensión o por analogía al ciberespacio pese a ser anteriores a la tecnología que lo crea (Granero, Horacio, “La ambigüedad latente de la regulación jurídica de Internet” <http://www.feedblitz.com/f/?previewfeed=685819#1>).*

*No resulta ajeno el vincular las expresiones de aterritorialidad, interconectividad, accesibilidad, heterogeneidad de contenidos, entre otras, con el marco jurídico que rige a la red mundial Internet cuando se procura el establecimiento de limitaciones o restricciones, en orden a evitar que a través de la misma se lleven a cabo conductas que controvertan el orden social. Ello así, si se toma en consideración que tales extremos afirman el amplio nivel de libertades sobre las cuales el sistema ha desarrollado su crecimiento, y con ello, el cúmulo*

*de actividades ilegítimas, ilegales o prohibidas que se sirven de aquel medio informático en miras de anonimato e impunidad.*

*Es este contexto, donde la información y difusión de los contenidos mutan de manera elástica, y la irreparabilidad y agravamiento del perjuicio en muchas ocasiones no sólo depende de quien se sirve de aquel medio, sino también de terceras personas o usuarios coadyuvantes en la actividad antijurídica, resulta oportuna la apertura de la instancia jurisdiccional con más una petición anticipatoria desde su inicio.*

*El impulso de categorizar instantáneamente al buscador “por mera analogía como una “agencia de noticia”, “biblioteca”, “periódico” o cualquiera de las demás categorías pre-Internet, debería ser evitado. En lugar de ello, debe encararse una evaluación funcional de la actividad específica que desarrolló referida al caso concreto (Brizzio, Claudia R., “El rol de los actores en Internet como determinante de la Responsabilidad - Primera Parte”, 4-mar-2009, Cita: MJ-DOC-4223-AR | MJD4223).*

*La transmisión de información a través de Internet, sin bien puede compartir algunas características con la que se efectúa por medio de mecanismos tradicionales, como los periódicos, la radio y la televisión (aspectos en los cuales podrían ser aplicables los criterios legales y jurisprudenciales ya existentes), evidencia otras que le son propias y en las que muestra otra faz netamente diferenciada. Como ya se señalara, las productoras de información en formatos gráficos, de radio y televisión tienen un alto grado de control de contenidos y de integración funcional vertical, y cualquiera sea el formato que utilicen –incluso el digital- estarán comprendidas dentro de los criterios legales y jurisprudenciales ya establecidos en materia de prensa.*

*Sostiene Vázquez Ferreyra que el derecho a la información es la concreción técnica del derecho a la comunicación. Como tal, se lleva a cabo mediante la transmisión de algo. Ese algo que se genera en el exterior o en el interior de un sujeto y que luego es difundido por éste se llama mensaje, que viene a constituirse en el objeto de toda comunicación, y más estrictamente, del derecho a la información. Es*

que toda información implica la transformación de la realidad (interna o externa) en un mensaje que se transmite.

Según la distinta naturaleza del mensaje, su tratamiento, exigibilidad y responsabilidad jurídica por su difusión, serán diferentes.

En este sentido se afirma que “el derecho de la información ha elaborado los fundamentos epistemológicos de la teoría de los mensajes, determinando los principios y el tratamiento general de éstos. Precisamente según uno de sus principios, el analítico, no puede hablarse del mensaje en abstracto, sino de tipos de mensajes en concreto, porque cada mensaje tiene una naturaleza distinta a la que hay que ajustar la norma. Los distintos mensajes que hacen al objeto de la comunicación se derivan de la combinación de los dos tipos básicos o simples: los que difunden una realidad interna del informador (ideas, pensamientos, emociones, imaginaciones, etc., todo el mundo interior al que algunos autores llaman arrealidad); y los que difunden una realidad externa al informador o realidad en sentido estricto (hechos, acontecimientos, datos, fenómenos, etc.).

La noticia, como especie del género información es el mensaje por el cual, el informador capta algo exterior a él, lo ordena en forma de mensaje y lo transmite. Es decir que la noticia tiene como origen la realidad, la que debe ser captada por el emisor para llegar lo más fielmente posible al receptor. La importancia de la noticia viene dada por la necesidad que tiene el hombre de conocer el mundo exterior, la realidad, para poder formarse como persona individual y social.

La noticia para ser tal debe ser veraz, porque la verdad es el constitutivo mismo de la información. El que por acción u omisión, por dolo o negligencia deforma la verdad de los hechos, se niega a sí mismo como informador e incurre en responsabilidad. Para evitar caer en tal deformación el informador debe procurar acercarse lo más posible a la objetividad.

La importancia de la verdad en el mensaje de noticias es puesto de resalto por autores españoles para quienes “la expresión noticia falsa es contradictoria

en sus términos porque la falsedad no es noticia, puesto que adolece de su constitutivo esencial. En términos más genéricos, no es mensaje. La libertad de expresión no es libertad de mentir” (Desantes Guanter, José M. y otros, *Derecho de la Información*, T. II, Colex, Madrid, 1994, pág. 60, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto A. “Responsabilidad por difusión de noticias falsas o inexactas”, Lexis N° 1009/005825, en “La Responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)”, p. 652, Bs. As., LexisNexis Abeledo Perrot, 1995).

Por otra parte, el afectado por el mensaje digital informativo puede utilizar tanto la tutela resarcitoria como la preventiva, por cuanto “es sabido que la disciplina inhibitoria no significa censura y, por otro lado, no hay analogía directa con la responsabilidad de la prensa” (Lorenzetti, Ricardo L., “La responsabilidad por daños en Internet”, en “Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres, dirigido por el Dr. Oscar J. Ameal, Hammurabi, Bs. As., 2001, pags. 1713).

Lo aquí expuesto corrobora que, en el caso de autos, ninguna de las peticiones realizadas por la accionante violenta el derecho a la información, ni de quienes resulten ser los propietarios de los diversos sitios que introdujeron ilícitamente su nombre o imagen, ni de los buscadores en tanto que reproductores en sus propios sitios.

Como ya se expresara en párrafos anteriores, no hay nada que pueda ser calificado de “noticia” ni de “opinión” en lo que hasta el momento fuera materia de cuestionamiento en el expediente de medidas cautelares y en esta causa, por lo que no cabe tampoco hablar de censura.

Sin embargo, y a fin de que clarificar los alcances concretos del pronunciamiento en orden a cuestiones que pudieran plantearse en el futuro, estas aclaraciones evidencian la necesidad de establecer un límite preciso en cuanto a las medidas preventivas cuya procedencia resulta indiscutible.

En este mismo orden de ideas, han sostenido Borda y Pereira que no corresponde ordenar a los motores de búsqueda el bloqueo, remoción de enlaces o restricción de acceso a ciertos vínculos, cuando se



*trate de información que se encuentre vinculada con la actividad pública de los interesados, por cuanto en este último caso la cuestión podría quedar comprendida dentro de la prescripción del art. 31. 3º párr. de la Ley de Propiedad Intelectual.*

*“Por el contrario, otra es la regla en los casos de acciones cautelares tendientes a remover hipervínculos que direccionan a ciertos contenidos, en que la información denunciada relaciona a los interesados con el tráfico sexual. Resulta fundamental analizar el tipo de “mensaje” que se comunica, pues el “mensaje” califica la información y la coloca en un orden valorativo... Queda claro, como, en un caso, la guía del interés público, el bien público, la crítica de los actos de gobierno, la formación de la opinión pública, autoriza la expresión, y en otros casos no, por la falta de corroboración o reconocimiento del mensaje en la consecución de esos bienes (en el caso, la información relativa a servicios sexuales); aquí, la necesidad del mensaje cede frente a otros bienes (los derechos personalísimos al honor, la identidad, etc.)” (Borda, Guillermo J. y Pereira, Carlos R. (h.), “Los buscadores en Internet y la tutela precautoria de los derechos personales”, L. L. 2011-B, 27).*

*Si bien en ninguno de los casos específicos que fueron materia de controversia se trató de publicaciones efectuadas por empresas periodísticas, resulta menester prever tal posibilidad para evitar que se pretenda conferir a esta sentencia alcances indebidos que sí importen violar la prohibición de la censura previa, en la eventualidad de que al momento de su ejecución se pretenda hacer valer extensivamente a contenidos que sí revistan las características propias de “información”, sea ésta noticia u opinión.*

*En virtud de todo lo hasta aquí expuesto, encontrándose sobradamente evidenciado el daño padecido por la accionante en sus derechos humanos y constitucionales, como asimismo las fundadas razones para prever que estos seguirán reiterándose en el futuro en caso de no disponerse lo que, en definitiva, es una tutela inhibitoria cuya procedencia ya se ha establecido, estimo que corresponde condenar a las accionadas a eliminar*

*en forma definitiva de sus respectivas páginas de resultados de búsqueda la imagen y/o el nombre de la accionante vinculados con sitios web de contenido sexual, erótico, pornográfico, de oferta de sexo y similares, con la única excepción de aquellos sitios que correspondan a ediciones digitales de medios de prensa.*

*XV.- Si bien con los argumentos hasta aquí vertidos entiendo ampliamente acreditada la procedencia de la demanda en lo hasta ahora propuesto, no es posible dejar de mencionar que tal solución es coincidente con los principios que inspiran leyes análogas, y que ratifican que, por distintas vías, hubiera podido arribarse a la misma conclusión.*

#### *A) Habeas data*

*1) Ya he hecho referencia en el considerando XI G) a la circunstancia de que la situación planteada en autos, al menos parcialmente, podría haber encontrado solución mediante la aplicación de la ley de habeas data, aun cuando expresamente se haya consignado que no era éste el encuadre de la acción entablada.*

*Se mencionó allí la opinión de Sagüés en cuanto al amparo informativo, y no se puede dejar de hacer referencia en este tema a, al menos, algunas de las consideraciones efectuadas por el Dr. Cifuentes antes y después de la sanción de la ley de Protección de Datos Personales, publicada en el Boletín Oficial el 2/11/2000, por su íntima vinculación con lo que es materia litigiosa. Ello así, por cuanto más allá de las vías procesales elegidas por el damnificado, o las peticiones específicas contenidas en cada demanda, cuando –como el caso- lo que está en juego son derechos humanos constitucional y convencionalmente reconocidos, el análisis jurídico debe efectuarse con el mayor cuidado y procurando integrar todas aquellas normas que, en forma directa o por vía de analogía, proveen soluciones que garantizan la operatividad inmediata de tales derechos.*

*2) Ya en el año 1999, comentando sendos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Sala D de esta Excma. Cámara, el Dr. Cifuentes elaboró dos trabajos en los que sostuvo*

que el habeas data era una “herramienta procesal específica de un derecho humano de la tercera generación, que tiene singularidades indiscutibles... tiene un contenido propio y una proyección no común con el amparo genérico, que responde a la segunda generación, ni con el habeas corpus que responde a la primera”. Y ello se destaca sin fisuras de la norma constitucional, sea por la personalidad activa para poner en marcha la defensa, o por los fines que la contienen e informan. La falta de unas reglas directrices sobre la forma de hacer efectivo este instrumento, no quita que se deban poner las cosas en su lugar y que para ello la letra del art. 43 aparezca como un bastión inconvencible.

La informática con sus bases de datos abre un panorama distinto y ensancha la brecha protectora que no es igual a la imagen, la intimidad, el honor o la identidad. Muchos datos son íntimos y otros no, pero todos protegibles a través de esta institución. Como ninguno de tales derechos los abarca íntegramente y cada uno tiene características especiales, contienen individualmente elementos propios y se protegen según determinadas ofensas y atendiendo a diversas manifestaciones, en torno al contenido del habeas data, “el bien general y el derecho que lo secunda es la persona misma en lo específico de los datos personales registrados, o sea, un derecho personalísimo a los datos personales” (Cifuentes, Santos, “Acciones procesales del artículo 43 de la Constitución Nacional - Naturaleza personalísima de los datos informáticos de la persona”, con cita de Rabinovich Berkman, Ricardo, “Cuestiones actuales en derechos personalísimos”, ps. 335 y sigtes., Ed. Dunken, 1997).

En el mismo artículo, señala “con los datos de la persona, incluidos los patrimoniales que indudablemente le pertenecen, se proyectan todas las medidas tutelares como las que se tienen con el honor, la imagen, la intimidad y la identidad. Pero cumplidas las exigencias del art. 43 de la Constitución, se consagra un medio nuevo. Esta norma agrega, no suprime ni sustituye. Es una medida específica, rápida y expeditiva que no inhibe al interesado para reclamar por otras vías la reparación del daño a su derecho personalísimo,

bastando que se comprueben los elementos comunes de la responsabilidad resarcitoria, dado que la informática es una actividad riesgosa y es posible transitar por las consecuencias que previene el art. 1113 del Código Civil”.

3) Poco tiempo después, precisaba el autor citado que la dignidad humana es un valor que sustenta y da justificación a los derechos personalísimos, los que a la vez son una especie de los derechos humanos fundamentales. Y que ese valor de la dignidad deriva de la idea de la autodeterminación o autonomía; del hombre libre que elige y defiende su tránsito por la vida y a quien se le respeta esa libertad esencial.

“La persona que se convierte en objeto manejable por otros carece de dignidad y eso mismo habría que decir de la persona a quien se lo maneja a piacere, robándole (valga la licencia expresiva), traficándole, difundiendo, falseando el conjunto de datos informáticos que lo representan figurativamente casi por completo”.

“Hoy la base de datos es una personificación que puede entrañar la representación íntegra, llamada “virtual”, de la persona. Manipular la base de datos personales es manipular casi todo lo del todo personal del hombre. Es pues más que la sola intimidad o imagen u honor o identidad y abarca también sus aspectos patrimoniales. Es un todo del ser como se es existiendo y coexistiendo, pudiéndose utilizar por terceros a través del entrecruzamiento de los datos, registrados en variados registros y aprovechando las diversas facetas de sus vínculos relacionables. De manera que si, para los estudiosos de los derechos personalísimos en el área de la integridad espiritual, no son confundibles el honor, la imagen, la intimidad y la identidad personal entre sí, y que tampoco es admisible, si no se descuida un análisis concienzudo de las actuales corrientes doctrinales y positivas que han reconocido estos plurales derechos, un solo derecho o “ius in se ipsum”, “Individualrecht”, o más modernamente “un derecho general de la personalidad”, habrá que convenir que se presenta una figura autónoma, que proviene simplemente de un fenómeno tecnológico y social que, después de mediados de este siglo XX

que se va, se ha expandido y consolidado”.

*“Esta comprensión se viene abriendo camino en la doctrina e incipientemente en la jurisprudencia con motivo del recurso procesal del art. 43, tercer párrafo, de la Constitución, que ya tiene nombre propio: “habeas data”, si bien en la norma no se lo designa. A título de ejemplo, evitando toda confusión con alguno de los particulares derechos personalísimos, en especial con el de la intimidad que en algunos casos es considerado incorrectamente como globalizador o aglutinador de otros, se habla de un “Derecho personalísimo a los datos personales”, o del “Derecho a la autodeterminación informativa”, o “Derecho a la libertad informática”, bien, como en el fallo, del “Derecho personalísimo de dominio de los datos personales”.*

*“Pero lo importante, más allá del nomen iuris, es el reconocimiento de un derecho sustancial que tiene características propias, se nutre de autónomas defensas y proviene del avance tecnológico que va mucho más allá del descubrimiento y expansión de la fotografía -origen del derecho a la imagen-, los mecanismos electrónicos de intromisión en la vida privada y su difusión masiva -inicio del derecho a la intimidad -, la distorsión de la personalidad dinámica -motivación del derecho a la identidad personal-” (Cifuentes, Santos, “Reconocimiento jurisprudencial del derecho a los datos personales informáticos y del hábeas data en su verdadero fin tutelar”, L. L. 1999-E, 151 y sus citas).*

*4) En fecha más reciente, ha ratificado que la base de datos personales importa un derecho personalísimo nuevo e independiente, que deriva del valor dignidad de la persona, como derecho constitucional no enunciado (art. 33 de la Constitución Nacional). La privacidad no es el único aspecto de la protección frente a la acción informática, sino que hay que tener en cuenta también la identidad cuando, verbigracia, se falsean o alteran los datos provistos con mentiras o errores que se deben corregir. También es posible con la informática lesionar la imagen de la persona en cuanto tal. La base de datos puede implicar no sólo referirse a un aspecto de la persona sino a su personalidad como un todo, íntegra, virtual.*

*Basta el entrecruzamiento de datos para construir lo que la persona es, accediendo a sus negocios, familia, salud, proyecciones individuales y sociales, etc. De ahí que pueda sostenerse la existencia de una nueva figura jurídica que puede encontrar su protección a través del hábeas data, o de otras medidas protectoras y precautorias judiciales que no deben retacearse a la hora de tutelar la intimidad, la imagen, la identidad o el honor.*

*“Nada impide considerar que a los actos ilícitos cometidos a través de este medio, como pueden ser las injurias o calumnias, se les aplique el conjunto de normas que fueron creadas cuando ni siquiera imaginaba el legislador la existencia de este tipo de comunicaciones, es decir, los arts. 512, 1109, 1113, 1114, 1122 y concordantes del código civil. Asimismo se aplicará a los actos realizados a través de la electrónica y telemática, las disposiciones que resguardan la intimidad, como el art. 1071 bis. del Código. Queda equiparado el medio para aplicar la responsabilidad refleja o indirecta, como cuando son los dependientes o incapaces los que utilizan la red informática del empleador o representante, para lesionar el honor, la imagen, la intimidad o la identidad de terceros. Es también el Internet un medio que posibilita la comisión de otros delitos, como pueden ser el plagio, la piratería que atañe a los derechos de autor, pudiendo aplicarse la respectiva ley que protege la propiedad intelectual 11.723” (Cifuentes, Santos, “La protección de datos personales y el Internet”, L. L. 2007-F, 761, Enfoques 2007-11 (Noviembre), 82).*

*5) En efecto, la propia ley 25.326 tiene por objeto, según enuncia su art. 1º: “...la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional”.*

*Asimismo, ha definido los datos personales como toda “Información de cualquier tipo referida a*



personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables” (art. 2°), reconociendo la existencia de datos llamados “sensibles”, que son los que “revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”.

La privacidad no es el único aspecto de la protección frente a la acción informática, sino que hay que tener en cuenta también la identidad cuando, verbigracia, se falsean o alteran los datos provistos con mentiras o errores que se deben corregir. También es posible con la informática lesionar la imagen de la persona en cuanto tal. La base de datos puede implicar no sólo referirse a un aspecto de la persona sino a su personalidad como un todo, íntegra, virtual.

“De ahí que pueda sostenerse la existencia de una nueva figura jurídica que puede encontrar su protección a través del hábeas data, o de otras medidas protectoras y precautorias judiciales que no deben retacearse a la hora de tutelar la intimidad, la imagen, la identidad o el honor” (Cifuentes, Santos, “Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalísimo (consecuencias de su reconocimiento y características), “J. A.” 1999-IV, p. 835; “La Responsabilidad frente al Derecho personalísimo de los Datos Personales”, Revista de Lecciones y Ensayos, números 72 a 74, pags. 111 y sigtes.).

6) Comentando un caso idéntico al de autos, en el que la palabra clave en torno a la cual se ordenaban contenidos en la base de datos de los Buscadores era el nombre de la actora, señala Malaureille Peltzer que podría decirse que la información personal diseminada en la Red, que aparece luego ordenada en una búsqueda, constituye en su conjunto una serie de datos, y analizando los alcances de las definiciones contenidas en el art. 2 de la ley 25.326, afirma que “cuando el buscador concluye su tarea de búsqueda nos arroja un conjunto organizado de datos personales que son objeto de tratamiento o procesamiento electrónico, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso. De algún modo, la existencia de una base de datos resultaría evidente... si

mediante una palabra clave se “ordenan” en pantalla una serie de datos relacionados, esta actividad podría encuadrarse en lo definido por la Ley 25.326 como “tratamiento de datos”. A su vez, en el caso en análisis los datos ordenados por las búsquedas vinculadas a la actora, arrojaban información referente a la vida sexual de la misma”, por lo que encuadrarían en la definición de dato sensible y por lo tanto susceptible de la mayor protección legal.

En esta hipótesis la relación de las partes -titular del dato y Buscador- estaría alcanzada por los términos de la Ley de Protección de Datos Personales, de lo cual se derivarían las siguientes conclusiones: 1) la actora estaría en condiciones de solicitar su derecho de rectificación o supresión de los datos falsos asociados a su identidad sin necesidad de recurrir a una instancia judicial, 2) la demandada tendría la obligación de rectificar o suprimir inmediatamente los datos del damnificado en el plazo legal de 5 días, con la sola acreditación de identidad del presentante.

Siguiendo esta línea se desprenderían a su vez, y entre otras, las siguientes obligaciones para los Buscadores: 1) puesta en conocimiento en forma previa y pública a los usuarios la forma de ejercicio de esos derechos (acceso, rectificación y supresión); 2) denuncia, a tal efecto, de un domicilio donde notificar; 3) adopción de niveles de seguridad acordes con la protección de los datos sensibles y 4) respeto del consentimiento informado previsto en la ley 25.326 (Malaureille Peltzer, Facundo, “Responsabilidad de los buscadores de Internet. Una deuda pendiente”, RCyS 2011-II, 82).

Como bien señala este autor, el bien jurídico protegido por la ley –y, añadido, por la propia Constitución Nacional- es idéntico al afectado en el caso.

7) En el mismo sentido, Vibes –refiriéndose a la protección de la privacidad en Internet- considera que el hábeas data sería en estas situaciones aún más adecuado que el amparo genérico, porque aquél ha sido especialmente creado para resolver problemas vinculados a la circulación masiva y veloz de los datos. Esto explica en parte que en un principio se lo haya denominado “amparo

informático”.

*Las bases de datos pueden contener información escrita, información sonora, pero también pueden incluir imágenes (fotografías o filmaciones). En el caso de bancos de datos que contienen imágenes, la defensa no se limita al derecho a la imagen, sino que se extiende a la protección del individuo por la publicidad inconsulta, a la inexactitud del dato que se encuentra registrado, y a que no corresponde que esté allí, coincidiendo con lo expresado por Cifuentes.*

*Afirma que “... los Sitios Web podrían entrar en la categoría de registros destinados a proveer información. Por otro lado, la finalidad perseguida por el instituto se presenta claramente en la situación de violación a través de Internet de derechos personalísimos tales como la intimidad, la imagen y el honor”.*

*Cuando están en juego valores tan delicados, no debe exigirse que la situación encaje simétricamente en el supuesto que describe la norma, siguiendo la opinión de Germán J. Bidart Campos cuando afirmara comentando el fallo “Urteaga” (“¿Hábeas data o qué?”, L. L. 1999-A, 212), que “toda garantía constitucional debe ser tan elástica cuanto la realidad de una situación determinada lo demande”.*

*Ante una infracción a este derecho, la comprobación del grado de afectación deberá tener en cuenta fundamentalmente la personalidad del sujeto damnificado, el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad perseguida por la inclusión de la información en el registro, el medio empleado y la incidencia que pueda tener en la vida familiar del sujeto en cuestión (Vibes, Federico P., “Internet y privacidad. La difusión en Internet de imágenes lesivas de la intimidad, el honor y otros derechos personalísimos”, L. L. 2000-D, 1013).*

*8) Ya en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes (Buenos Aires, 1983) ya se aprobó una Recomendación concebida en los siguientes términos: “Regular específicamente el uso de la informática, de modo que no pueda lesionar los derechos personalísimos”.*

*También en las IX Jornadas Nacionales de Derecho*

*Civil de Mar del Plata del mismo año, se aprobó por unanimidad como punto VII del correspondiente despacho de “lege ferenda” (Tema I: “Protección jurídica de la intimidad”) la siguiente Recomendación: “Reglamentar el uso de la informática para evitar agresiones a la vida privada contemplando los siguientes aspectos: a) el derecho del sujeto a verificar la amplitud y el tenor de los datos recogidos; b) el de exigir y lograr la corrección y actualización de los datos; c) la limitación del derecho de acceso a la información en los casos en que media un interés legítimo y d) la utilización de los datos conforme con la finalidad para la que fueron recogidos”.*

*9) En un interesante planteo, señala Crovi que puede configurarse un “abuso del derecho a informar” (art. 1071 Cod. Civil) como presupuesto para exigir la supresión de los datos personales asentados. El instituto del abuso del derecho sirve para encuadrar la responsabilidad de quien se niegue a suprimir o actualizar sus archivos de datos cuando actúe aparentemente conforme la ley pero de manera antifuncional o contraria a los principios de la moral, la buena fe y las buenas costumbres. Esta figura es de utilidad, incluso, para exigir la cancelación de datos subidos a Internet por quien los ha obtenido lícitamente pero los usa contrariando los fines para los cuales se solicitaron. El viejo instituto del abuso del derecho vendría así a reforzar lo normado por la ley 23.526 (arts. 4, 5, 6 y conc.) (Crovi, Luis Daniel, “El abuso del derecho a informar”, “Colección de análisis jurisprudencial-Derecho Civil-Parte General”, Director Julio César Rivera, p. 3, Ed. La Ley, Bs. As., 2003 y del mismo autor, “Los daños ocasionados por el uso indebido de datos personales en Internet”, Publicado en: RCyS 2008, 330).*

*“No sería descabellado pensar en algún tipo de filtro que deberían aplicar las grandes compañías de servidores de búsqueda para evitar subir a su buscador direcciones no seguras o que no ofrezcan niveles adecuados de protección a los datos personales. También sería deseable pensar en medidas que lleven a incentivar a los potenciales causantes del daño para que adopten niveles apropiados de precaución, asumiendo los costos*

de los posibles daños que deriven de su actividad”.

*Estamos en un ámbito donde la reparación del daño debe ser rápida y efectiva. La divulgación de datos falsos o imágenes no permitidas por la red global sin autorización de sus titulares no puede aguardar la investigación de un sumario penal o la prueba de un juicio ordinario civil. Es necesario contar con procesos ágiles dirigidos contra demandados que puedan individualizarse. De lo contrario toda posible reparación quedará diluida dentro del “espacio virtual” donde la autoridad de los jueces no puede aplicarse (aut. cit., “Los daños...”cit).*

10) Más allá de que no se haya utilizado este camino posible, al menos para lograr obtener de la forma más rápida la eliminación del nombre de la accionante de los sitios de contenido sexual o de servicio de acompañantes, con gravísima afectación a su derecho a la identidad, no caben dudas que en un caso como el presente hubiera podido también transitarse esa vía.

*El fundamento de esta afirmación radica en que en este caso, notoriamente, ninguna duda existía en cuanto a que se estaban utilizando maliciosamente tales datos para atraer al internauta hacia los sitios en cuestión, mediante la introducción de meta tags o incorporando el nombre y apellido de la accionante en algún lugar de la página, luego reproducida por el buscador, tanto en su propia página de resultados, como en la memoria “caché”.*

**B) Defensa del consumidor y Lealtad comercial (publicidad engañosa):**

1) Dentro del marco legislativo de la ley 24.240 reformada por la ley 26.361 –de sanción posterior a la interposición de la demanda en estos autos, publicada en el Boletín Oficial el 7/4/2008- cabría considerar a la accionante como tercera afectada por la relación de consumo establecida entre el usuario –internauta- y los proveedores, con las consecuencias que ello conllevaría en orden a la responsabilidad que les cabría a las aquí accionadas.

*En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil (Tucumán, 2011), la Comisión de Derecho Interdisciplinario*

*“Derechos del Consumidor”, presidida por Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, aprobó la siguiente recomendación en cuanto a “I.- Consideraciones generales y ámbito de aplicación”:*

*“4. En el ámbito de la ley 24.240, conforme su actual redacción, quedan amparados en la protección legal:*

*a) Quien asume el rol de contratante al adquirir un bien o servicio, actuando como destinatario final, sea la contratación a título gratuito u oneroso;*

*b) Quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente;*

*c) Quien se expone a una relación de consumo, a un peligro derivado de la misma o quien resulta efectivamente afectado. La noción comprende, entre otras situaciones, a: 1) Los sujetos indeterminados expuestos a prácticas comerciales; 2) Los sujetos expuestos a los defectos de seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor”.*

*Asimismo, en relación con las proyecciones de la reforma sobre el Derecho de Daños, se concluyó de lege lata que: “1. La reforma introducida a la ley 24.240 por la ley 26.361 ha contribuido a la conformación de un régimen de responsabilidad en materia de consumo caracterizado por:*

*a) La objetivación de la responsabilidad del proveedor fundada en la necesidad de tutelar la confianza y seguridad de los consumidores;*

*b) La expansión en materia de legitimados activos y, paralelamente, la ampliación del espectro de legitimados pasivos;*

*c) El reconocimiento expreso de la vigencia del principio de reparación integral (art. 54, párrafo 3°);*

*d) La explícita consagración de beneficios probatorios, en el art. 53, párrafo 3°; y*

*e) La vigencia de soluciones sancionatorias, a partir de la introducción de las indemnizaciones punitivas (art. 52 bis)”.*

*Estas observaciones, efectuadas a mayor*



*abundamiento, no implican que se pretenda fundar el decisorio en una normativa que aún no estaba vigente al momento de plantearse el pleito, pero refuerzan la razonabilidad de la solución que se propicia, y no resultan ajenas a la problemática global, en particular si tomamos en consideración que no se trata de un episodio único y aislado, sino de una serie de hechos ya acaecidos antes y durante el transcurso del juicio, y que se perpetuarán en el tiempo en la medida en que las accionadas no apliquen los medios técnicos necesarios para evitarlo.*

*Se señalarán seguidamente algunos de los aportes doctrinarios que avalan esta afirmación.*

*2) Los legitimados activos para ejercer la acción de daños prevista en el art. 40 de la ley 24.240 son los consumidores y usuarios, y todo aquel expuesto a la relación de consumo. Esta legitimación amplia incluye a todas las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, que representen intereses individuales y colectivos.*

*El tercero expuesto a la relación de consumo (by stander), fue incorporado al art. 1º de la L.D.C. por la reforma de la Ley 26.361. Refiere a la persona que sin ser un adquirente de un bien, o el suscriptor de un servicio, se ve afectado por una relación de consumo. La inclusión de esta figura en nuestro derecho positivo tiene gran importancia porque, en primer término amplía (casi al infinito) la categoría de sujetos que pueden ser considerados ‘consumidor’ y ‘usuario’; y, en segundo lugar, al “by stander” le corresponden todos los beneficios de la Ley 24.240.*

*Los legitimados pasivos enunciados en el art. 40 de dicha normativa son el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Al mencionar al proveedor, se produce una inmediata remisión al art. 2º, L.D.C., que es la norma que define quienes integran esta categoría de sujetos, en un listado más amplio, por lo que cabe considerar que la enunciación del art. 40 no es taxativa sino meramente enunciativa, permitiendo que algunos sujetos no incluidos también sean sujetos pasivos de una eventual acción de daños.*

*El factor de atribución de responsabilidad que rige en este microsistema legal es objetivo, y la obligación de reparar que establece el 40 L.D.C. es solidaria; el consumidor afectado puede ejercer la acción indemnizatoria contra cualquiera de los sujetos pasivos mencionados, aun cuando cada uno de los legitimados pasivos conserva para sí la acción de repetición contra los otros obligados.*

*Finalmente, afirma Shina que la Ley 24.240 unifica el sistema de responsabilidad, superando la división entre responsabilidad contractual y extracontractual (Fernando Shina, “El largo camino hacia la Responsabilidad Objetiva. Homenaje a Roger John Traynor, Juez - Parte 2” [elDial.com - DC15AE], publicado el 06/05/2011).*

*Tal como señala el mismo autor en otra obra, la alta tecnología tiene rincones oscuros que siguen ocultos a la luz del progreso; los contenidos inapropiados, la pornografía infantil, la violación de la intimidad, por nombrar solo algunos. La ley tiene la virtud de crear incentivos que benefician a todos. Ensanchar -moderadamente- los límites de la Teoría de la Responsabilidad Civil tiene un inestimable efecto disuasorio de conductas nocivas, lo que se traduce en una fórmula casi matemática que indica que, a mayor responsabilidad del proveedor, menor daño para el consumidor. Los estudios sobre el análisis económico del derecho explican este fenómeno que vincula, bajo un estricto régimen de proporciones inversas, al daño con la responsabilidad civil (Shina, Fernando E., “Consumo on line. Problemática del contrato Informático”, DJ 02/02/2011, 1, con cita de Santos Pastor, en Elementos de Análisis Económico del Derecho. Ed. Rubinzal - Culzoni, año 2004, pág., 102: “El sistema de responsabilidad civil ha experimentado cambios extraordinarios en los últimos 40 años. Si su función histórica consistió fundamentalmente en proporcionar un mecanismo de compensación a favor de las víctimas y en disuadir actividades dañosas, la primera función (compensación) no parece ser hoy tan importante. Hoy la función fundamental de ésta parece ser, en la medida en que esté a su alcance, la creación de incentivos para la mejora de la seguridad y para la eliminación de los riesgos”).*

3) Por otra parte, el art. 40 bis L.D.C. define el daño directo como todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

En similar línea argumental, sostiene Malaureille Peltzer comentando una sentencia dictada en un caso análogo al de autos, “Podríamos entonces imaginar que si la actora hiciera una búsqueda y la misma arrojara contenido injurioso o gravoso hacia su persona, podría iniciar un requerimiento en sede administrativa por daño directo en su calidad de consumidor, con fundamento en la ley reseñada”, reiterando que el usuario “podría iniciar una demanda en su calidad de consumidor, con fundamento en la Ley de Defensa del Consumidor, solicitando a los Buscadores que desindexen de sus búsquedas ese contenido dañoso” (Malaureille Peltzer, Facundo, “Responsabilidad de los buscadores de Internet. Una deuda pendiente”, RCyS 2011-II, 82).

4) También Parellada, antes incluso de la más reciente reforma legislativa, planteaba que el alojador u organizador del sitio cumple un rol relevante en el daño que provoca su difusión, igual que el medio de comunicación. Ello así, en principio, “nos parece razonable que la Ley tome su actividad como relevante para imputarle objetivamente responsabilidad”. Si la actuación dañosa del usuario es para él inevitable técnicamente, puede eximirse de la responsabilidad pues nadie está obligado a lo imposible, pero él debería cargar con la prueba de la imposibilidad técnica.

Si ha sido el modo en que organizó el servicio lo que lo imposibilita de evitar el daño, la eximente no debería funcionar. Desde la perspectiva de la ley de defensa del consumidor no podría considerarse ajena la causa del daño, si la imposibilidad técnica de evitación del daño es consecuencia de su conducta, pues es la causa que actualiza el riesgo de la organización del servicio.

Concluye entonces que “a nivel de decisión judicial, podríamos plantear la aplicación de la ley de protección al consumidor, ya que el servicio

encierra riesgos que se actualizan en daños que podrían reclamarse por la vía del art. 40 de la Ley N° 24.240”. “La causa no es ajena por la simple circunstancia de que el mensaje difamatorio haya sido introducido por un tercero, si el daño proviene de la publicación. Este es el principio que rige para la prensa y no parece razonable abandonarlo para este otro medio de comunicación” (Parellada, Carlos A. “Responsabilidad por la actividad anónima en Internet”, L. L. 2007-F, 1066).

5) Las prestaciones de servicios de la sociedad de la información, quedan atrapadas por la responsabilidad objetiva y solidaria que consagra nuestro artículo 40 de la Ley 24.240. En el mismo, todo aquel que haya intervenido en la comercialización del servicio, debe responder objetiva y solidariamente, pudiendo el consumidor reclamar el perjuicio a cualquiera de los deudores, sin perjuicio de las acciones internas de recursión.-

El despliegue de actividades de los ISPO Proveedores de Servicios de Internet - proveedor de acceso, proveedor de servicios de telecomunicaciones, proveedor de hosting y los buscadores o browsers de información, como por ejemplo Google - que traen aparejados riesgos para los usuarios y terceros, deben ser analizadas con fundamento en la responsabilidad objetiva, “máxime si consideramos a dichas actividades encuadradas en el artículo 40 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario”, en virtud del cual todo aquel que interviene en la cadena comercial, debe responder de manera objetiva salvo que pruebe la causa ajena. “No cabe ninguna objeción a la consagración de una responsabilidad objetiva basada en el riesgo o vicio y solidaria de los actores intervinientes en la cadena comercial frente al consumidor o usuario” (Martini, Luciano José, “La Responsabilidad Civil en Internet. Un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir”, RCyS 2011-VIII, 17).

6) En similar sentido, observa Leiva que la normativa contenida en la Ley 24.240, anterior a la reforma constitucional, a tenor de la concreta disposición del art. 65, en armonía con las prescripciones de la Carta Magna, constituye una regulación de orden

*público, obedeciendo ello a la necesidad de fijar directrices para el mercado desde una perspectiva realista y acorde a los hechos del orden económico y social imperante.*

*“Desde esta perspectiva normativa, configurada, entonces, una relación de consumo (Art. 42 de la Constitución Nacional), de la que se origina el daño informático, corresponde aplicar la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la responsabilidad impuesta en el art. 40 de ese cuerpo normativo, según la modificación introducida por la ley 24.999; ello es así, pues, indudablemente, los daños derivados de Internet, o bien puede encuadrarse en el caso del riesgo de la cosa previsto por el art. 1.113 del Código Civil, o bien por considerarse a ese daño causado por el riesgo en la prestación del servicio, como lo indica el art. 40 mencionado”.*

*Coincide en afirmar que referido al factor de atribución, la norma en análisis consagra la responsabilidad objetiva con sustento en el riesgo o vicio de la cosa sin diferenciar la órbita de responsabilidad contractual de la extracontractual.*

*Señala la ley que tanto en el caso de la responsabilidad por productos cuanto en la resultante de la prestación de los servicios, el deber de reparar tiene naturaleza objetiva. La ley hace alusión exclusivamente al factor riesgo creado como factor de atribución respecto a los productos elaborados. Adicionalmente, se introduce al riesgo como factor de atribución en la órbita contractual, pero “el factor riesgo creado no opera, sin embargo, en el ámbito de los daños derivados de la prestación del servicio. En este supuesto, el ámbito de la responsabilidad es más amplio, pues opera en todos los casos de prestación de servicios y más allá de que los mismos sean o no riesgosos. Por ello, en este caso, el factor de atribución es la garantía y no el riesgo creado (Kelly, Julio- Elbert, Cristian E., “El artículo 40 de la ley 24.240”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 21, “Economía y Derecho”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1999, pág. 261 y sigtes., cit. en Leiva, Claudio Fabricio, “Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)” <http://www.aaba.org.ar/bi22n004.htm>).*

*7) Hay otro aspecto que es necesario estacar, y sobre el que se ha hecho ya alguna referencia, que es el relativo a que –a mi criterio- la inclusión del nombre y/o imagen de la accionante en sitios a los que resulta completamente ajena, de contenido sexual, puede sencillamente considerarse publicidad engañosa, lo cual habilitaría incluso en la instancia administrativa, a obtener el cese de la publicidad o la conducta que infrinja las normas establecidas por la ley, durante la instrucción del pertinente sumario (art. 14 inc. e) ley 22.802, que sí se encontraba vigente al momento de producirse los hechos), sin perjuicio de las demás sanciones que finalmente correspondieren.*

*Una vez más, se trata de normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, y que también prevén una conducta orientada a obtener el cese inmediato del ilícito.*

*Avalan esta posición prestigiosos doctrinarios:*

*a) Hace ya mucho tiempo señalaba Lorenzetti que en la web la tendencia más consolidada se orienta hacia la utilización de los “buscadores” y no la búsqueda personal, más difícil y lenta; en esos buscadores se utilizan palabras claves, y el uso que se hace de esas palabras es susceptible de análisis estadísticos.*

*Consecuentemente, quien diseña una página puede incluir en ella alguna de las palabras más usadas por los usuarios, conforme a la información que le dan los sitios de búsqueda, de modo que cada vez que el usuario escriba esa palabra, aparezca la página, aunque no tenga una relación directa con esa palabra: se usan palabras vinculadas al sexo a las marcas de productos y empresas más requeridas. Esta técnica denominada “metatag”, constituye una publicidad engañosa frente al consumidor y un aprovechamiento indebido del nombre en el caso de la utilización de marcas (Lorenzetti, Ricardo L. “Comercio electrónico y defensa del consumidor” (L. L. 2000-D, 1003-LLP 2000, 1186).*

*En una nota al pie cita como ejemplo que una de las páginas más visitadas en 1996 incluía como metatag más de 500 palabras relacionadas con el sexo, pero el contenido de la página no tenía*



nada que ver con el tópico (Ribas Alejandro, Javier, “Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999).

b) Gustavo y Hugo Vanninetti, por su parte, refiriéndose a las técnicas para lograr mejor posicionamiento en los buscadores, señalan que los metatag son etiquetas html que se incorporan en el encabezado de una página web y que resultan invisibles para un usuario normal, pero que sí son de una gran utilidad para los buscadores u otros programas que puedan valerse de esta información a la hora de escudriñar la red, a los fines de producir luego la correspondiente indexación de páginas en su propia base de datos y mostrarlas en el resumen de búsquedas una vez que se produce el ingreso de un usuario bajo ciertos parámetros.

El propósito básico de los metatag es el de incluir información de referencia sobre una página en particular. Por ejemplo: autor, título, fecha, palabras clave, una determinada descripción, nombre de alguien famoso (como en este caso), etc.

En síntesis: los metatags suelen contener una lista de palabras clave que describen el contenido de una página web específica, facilitando su ubicación. No obstante esto, los robots de búsqueda incorporan luego a sus índices todas las palabras e imágenes de esos sitios web y, por ende, no sólo por lo que dicen los metatags, pero sin dudas son éstos de suma importancia.

“El meta-tagging es una de las prácticas empleadas por los operadores de ciertas páginas web con la intención de atraer la atención de los usuarios a una dirección en particular. Utilizan con ese propósito nombres muy reconocidos (modelos, actrices), marcas, nombres de empresas, etc., que en algunos casos (como este que es objeto de la presente causa) nada tienen que ver con el contexto de la página y muchos menos cuentan con la correspondiente autorización de los interesados para ello, a los fines de servirles de “señuelo” para que los usuarios que en realidad buscan una información precisa sobre algo o alguien, se topen con esa página en cuestión”.

Otra alternativa que señalan los autores referidos

es el de las “palabras clave” (keywords), indicando que hay buscadores que no tienen en cuenta como primera opción a los metatag (aunque no los desechan). Por ello es importante también a la hora de posicionar una página el título de la misma.

Ahí habrá que colocar las palabras clave (keyword) para facilitar su ubicación en el índice de búsqueda. Hay empresas que se dedican en la propia Internet a realizar estudios sobre las keywords más utilizadas en la red basados éstos en las preferencias de búsqueda de los usuarios a los fines de posicionar mejor a una página específica (ej. utilizar repetidamente la palabra “sexo”).

Por eso se utilizan a menudo nombres convocantes de modelos famosas o de celebridades del mundo artístico, por ejemplo, para promocionar páginas relacionadas con la pornografía.

Sin dudas que el título de una página hace a la presentación misma del contenido. Los buscadores se aferran mucho a ellos, así como también a la descripción de su contenido. Es aquí donde muchas veces aparece como una práctica más que común colocar nombres de personas famosas que en nada tienen que ver con el contenido de la página pero que sí les sirven a quienes las confeccionan para seducir al usuario. Pero el daño al nombre es evidente, está aclarado (Vanninetti, Gustavo Juan y Vanninetti, Hugo Alfredo, “Los buscadores en Internet. La protección de los derechos personalísimos. Utilización de la medida cautelar innovativa: adecuada pero... ¿suficiente?”, ED, 222-335).

Más contundente, aún, en un trabajo posterior, comentando la sentencia de primera instancia dictada en estos autos, señala uno de ellos: “La respuesta a por qué se acude a nombres de personalidades del conocimiento público (modelos, actrices, etc.) en páginas web de contenido erótico y/o pornográfico sin estar dentro de su contenido, la debemos encontrar en el contexto de la feroz pugna que se desenvuelve en el competitivo mercado que existe en la red para posicionarse lo mejor posible entre los primeros lugares de los resultados que registra cada buscador. Para ello es que se realizan prácticas que pueden ser lícitas (se adquieren posicionamientos) o ilícitas (empleando textos

ocultos, metatag, spamdexing, etc.)”.

*El metatagging es una de las prácticas empleadas por los operadores de ciertas páginas web con la intención de atraer la atención de los usuarios a una dirección en particular. Y utilizan para el propósito antes señalado ya sea nombres muy reconocidos (modelos, actrices), marcas, nombres de empresas, etc., que en algunos casos en nada guardan relación con el contexto de la página y sin contar con la correspondiente autorización de los interesados para ello, a los fines de servirles de “señuelo” para que los usuarios que en realidad buscan una información precisa sobre algo o alguien se topen con esa página en cuestión.*

*El empleo de todas estas prácticas que afectan derechos personalísimos se renueva constantemente al ritmo vertiginoso que se le imprime a toda actividad dentro de la Red, que hace que también constantemente vayan apareciendo cada vez más y más páginas incluyendo nombres de personalidades públicas sin su consentimiento, como “gancho/señuelo” y sean recogidas por los buscadores (Vaninetti, Hugo Alfredo, “Buscadores en Internet. Tres recientes sentencias que delimitan el alcance de su responsabilidad civil y las dificultades para hacer efectivas medidas judiciales de bloqueo a páginas web. Lo que establece la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de la ONU al respecto. Necesidad de una regulación legal” E. D. 245-775).*

*c) En el art. 42 de la Constitución Nacional, se reconoce al consumidor su derecho a una información adecuada y veraz. Esto se cumple si la que proporcionan las empresas respecto de sus productos o servicios, cumple con los caracteres de ser objetiva, detallada, suficiente y exacta, donde una idea acabada impide confusiones. E implica también el control de parte del Estado para impedir los abusos de publicidad o propaganda.*

*Así, por ejemplo, el Grupo Mercado Común adoptó la Resolución 01/05 (Mercosur/L CT N° 7, Defensa del consumidor: publicidad engañosa), disponiendo que: “Artículo 2°: Está prohibida toda publicidad engañosa entendida ésta como cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de*

*carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, inclusive por omisión de sus datos esenciales, sea capaz de inducir a error a los consumidores de cualquiera de los países, cuando la provisión de información refiera a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, condiciones de comercialización o cualquier otro dato esencial sobre productos y servicios que sean necesarios para decidir una relación de consumo”.*

*Tanto la Ley de Defensa del Consumidor como la Ley de Lealtad Comercial reglamentan cuestiones relativas a la publicidad que se realiza en la oferta de bienes y servicios. La primera obliga a quien realice una oferta a indicar la fecha precisa de comienzo y de finalización, así también como sus modalidades, condiciones o limitaciones, y establece que las precisiones formuladas en la publicidad o en cualquier medio de difusión obligan al oferente y se consideran incluidas en el contrato (Arts. 7° y 8° Ley 24240).*

*La ley de Lealtad Comercial prohíbe expresamente la realización de cualquier presentación, publicidad o propaganda que por medio de inexactitudes u ocultamientos resulte engañosa o confusa para los consumidores. Mediante esta prohibición se intenta evitar que el consumidor pueda ser inducido a adquirir un producto o contratar un servicio diferente del promocionado (Artículo 9° Ley 22.802).*

*d) El art. 42 de la Constitución Nacional evita circunscribirse a lo contractual y se refiere, con una visión más amplia, a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes o servicios para destino final de consumidores y usuarios.*

*La protección tuitiva legal alcanzaría no solo a los contratos onerosos de consumo, sino que también se extendería a los contratos gratuitos, a los hechos y actos jurídicos, y a las relaciones antecontractuales, por cuanto la relación de consumo se ha creado sobre la base de la confianza que supone una seguridad especial a las expectativas de los consumidores y hace reparable su quebrantamiento (Weingarten, Celia, “El Valor Económico de la Confianza para*

empresas y consumidores”, JA, 2000-III-1232).

e) Hace ya más de una década, el IV Congreso Internacional de Derecho de Daños. (Comisión N° 1: Lealtad comercial y protección del consumidor), arribó a las siguientes conclusiones: “1.- La publicidad comercial irregular, tanto la engañosa como la abusiva, es susceptible de afectar derechos del consumidor reconocidos por las Constitución Nacional; entre otros, el derecho a la información adecuada y veraz, a la salud y seguridad, a la protección de los intereses económicos, a la libertad de elección, al trato digno y no discriminatorio (arts. 42 y 43 CN).

2.- A los fines de calificar a la publicidad comercial como contraria al ordenamiento jurídico, nuestro derecho positivo establece reglas generales específicas: a) El deber de adecuación y veracidad (art. 42 CN y art. 4 L.D.C.), b) La prohibición del engaño, ya sea en términos positivos (inexactitudes) o negativos (ocultamiento) (art. 9 ley 22.802).”

#### XVI.- Responsabilidad civil de las accionadas

En los últimos años se ha desatado un verdadero vendaval doctrinario en relación con este tema, que evidencia en definitiva las posiciones antagónicas sostenidas por las partes en este proceso, indudablemente como resultado de la falta de regulación legal específica en la materia, que conduce a encuadrar la cuestión dentro del régimen de nuestro Código Civil.

Ninguna duda cabe acerca del impacto que la mayor accesibilidad a Internet a nivel global ha ocasionado en todos los órdenes, y la enorme utilidad del servicio que prestan los motores de búsqueda de las aquí accionadas y de otras empresas similares para localizar la información a la cual el usuario pretende acceder. Este aspecto está fuera de discusión, como así tampoco es materia de debate la responsabilidad que cabría imputar a quienes incorporan los contenidos lesivos a los derechos personalísimos de terceros a distintos sitios.

En el caso de autos, dichos terceros no fueron demandados - opción que válidamente podía ejercer la actora, a su arbitrio - y ante el requerimiento de la única accionada que contestó demanda –Yahoo!

para que fueran citados a juicio, sin identificarlos, se decidió en ambas instancias, y concordantemente con lo resuelto en casos similares, que en el caso no resultaba procedente.

Por otra parte, parece importante destacar, previo a ingresar en el tema, que muchas de las publicaciones realizadas por prestigiosos autores se vinculan con antecedentes normativos y jurisprudenciales extranjeros –algunos de los cuales han sido también referidos por las partes- que más allá del interés de orden académico, obviamente no son aplicables en nuestro país.

A) Doctrina que afirma la falta de responsabilidad y/o la responsabilidad subjetiva a partir de una orden judicial

Los argumentos de quienes consideran que los buscadores de Internet no deben responder civilmente, posición asumida por las accionadas, se centran en distintos aspectos que serán tratados a continuación.

Luego de haber efectuado un extensísimo recorrido por distintos aportes doctrinarios, pareciera universalmente aceptado que quienes se enrolan en la postura que señala la necesidad de un conocimiento efectivo por parte de los buscadores acerca de la existencia de contenidos dañosos, recién a partir del momento en que exista una decisión judicial, que es la alternativa más exigente –que un juez haya valorado la cuestión y emitido una orden específica para bloquear el enlace- en realidad lo que están afirmando es que no existe responsabilidad emergente de la actividad desarrollada por las accionadas.

Ello así, por cuanto lo que se estaría tomando en consideración para juzgar su accionar nada tiene que ver con el servicio que prestan en sí mismo considerado, sino con el liso y llano incumplimiento de una sentencia judicial, sea ésta interlocutoria o definitiva. Por cierto, los argumentos son básicamente los mismos, y quizás la diferencia radica simplemente en que al expresar sus opiniones algunos autores no han hecho referencia a cuál sería la conducta esperable frente a una decisión judicial concreta.



*Tampoco existe uniformidad en los argumentos, porque aunque si bien todos coinciden en hacer hincapié en la imposibilidad de las accionadas – y de otros proveedores de Internet - en controlar los contenidos que indexan, algunos niegan el efecto multiplicador del daño, en tanto que otros lo reconocen.*

*A modo de ejemplo, y sin pretender agotar la enorme cantidad de publicaciones efectuadas, se reseñarán algunas de ellas:*

*1) No es posible establecer nexo causal (definido este como “elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual, que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva) entre la conducta de los buscadores y hecho dañoso alguno, porque quien lleva a cabo la conducta disvaliosa (p. ej. incluir en una página web un meta tag con el nombre de una modelo) no es el buscador sino “alguien” por quien este no debe responder. Es decir, aparece la culpa de un tercero como elemento interruptor del nexo causal. Los buscadores no potencian el efecto dañoso de las páginas web, al masificar sitios meramente marginales, por cuanto no son éstos quienes hacen público el contenido y el resultado de las búsquedas, sino la actividad de las personas que, mediante el ingreso de las palabras clave de su elección, generan los resultados. Sin usuarios de los buscadores, no hay “potenciación” alguna. Además, la condena a los Buscadores por un hecho perfectamente lícito violaría el principio básico de igualdad entre iguales (García, Fernando Adrián, Responsabilidad civil de los buscadores de contenido en Internet, publicado el 08/09/2010 en eIDial.com)*

*Honestamente, no veo muy congruente responsabilizar a quienes efectúan las búsquedas, destinatarios del servicio que prestan las accionadas y otras empresas similares, además de reconocer la conducta disvaliosa de quienes concretan el ilícito originario. Si bien es cierto que sin usuarios no hay potenciación alguna, sin usuarios tampoco existirían los ISPs.*

*2) A los argumentos ya referidos supra en cuanto a la –a su criterio- desajustada aplicación del art.*

*19 de la Constitución Nacional, añade Castrillo que para que exista responsabilidad por el hecho de un tercero o por cosa riesgosa es necesario primero que ello esté normado y segundo, en el supuesto de riesgo, que la cosa misma sea activamente riesgosa e Internet, funcionando adecuadamente, en principio no debería ser una cosa riesgosa. Los daños que se producen no tendrían su causa en el riesgo de Internet sino en la actuación voluntaria de algún sujeto de derecho que la aprovecha conforme su eficiente funcionamiento y sin el consentimiento expreso de su titular para el acto en cuestión. Tampoco existiría responsabilidad subjetiva, por cuanto “para que exista causalidad jurídica el agente productor del daño al accionar, debe haber ejecutado con discernimiento, intención y libertad”, el art. 902 del Código Civil se refiere a hechos y no a omisiones, que están contempladas en el art. 1074, y sólo cuando la ley obliga a actuar las consecuencias del incumplimiento se rigen por el artículo 505. “Para que un acto sea voluntario debe además ser intencionado y libre. La falta de intención que puede tornar en involuntario un acto es aquélla que teniendo conciencia que al actuar se pueden estar incumpliendo obligaciones que impedirían la ocurrencia de todo daño lo hace para rescatar bienes mayores (v.g. libertad de prensa en su expresión más amplia)”. Habría que analizar la responsabilidad de los buscadores bajo la doctrina “Campillay”, teniendo en cuenta que éstos solamente se limitaron a reproducir contenidos como índice para permitir su acceso (Castrillo, Carlos V., “Responsabilidad civil de los buscadores de Internet”, La Ley 2010-A, 897).*

*Algunos de estos argumentos –por ejemplo los referidos a la asimilación a los medios de prensa- ya han sido ampliamente tratados, y el resto será analizado infra.*

*3) Gini afirma que los buscadores no alteran los contenidos de los sitios web, no los crean, de hecho en su grandísima mayoría no los conocen y no los editan, por lo cual no pueden ser responsables de los contenidos que terceros suben a la red, salvo que una autoridad competente ordene dentro de un proceso concreto el bloqueo de un sitio específico*

donde los derechos de personas se están violando. Tampoco son proveedores del contenido, y en general no tienen ninguna relación contractual con los sitios que indican (con la excepción de los “enlaces patrocinados” que son la gran minoría, que son otra forma de publicidad y que operan de otra forma sin alterar los resultados de la búsqueda que el usuario hace). De hecho sólo se muestran unas breves palabras que contiene el sitio encontrado y si el usuario desea leer más, debe abandonar el sitio del buscador para entrar al que tiene el contenido que está interesado en seguir leyendo. Por tal motivo, no deben ser responsables por los contenidos que terceros suben a la red.

Las medidas judiciales adoptadas “son inconstitucionales por desproporcionadas, ineficaces, ineficientes y por violar derechos de los actores de Internet, derechos de rango constitucional como la libertad de expresión. Creemos que sería positivo que en forma previa a la resolución de casos que involucren a los buscadores de Internet u otros intermediarios, los jueces deberían considerar las disposiciones internacionales, sobre todo aquellas establecidas en países donde en cuestiones jurídicas relacionadas a Internet y sus problemáticas se encuentran más desarrollados” (Gini, Santiago Luis, “Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión” Sup. Act. 23/10/2008, pág. 1).

En otra publicación precisa que no comparte la idea general de que Internet sea o “pudiera ser considerada” una “cosa riesgosa”, pero, en su caso, debería responder su dueño o guardián y los Intermediarios de Internet o ISPs no lo son. En los casos de responsabilidad objetiva, el art. 1113 segundo párrafo “exige que el daño provenga de esa característica específica llamada “riesgo” y que solamente la tienen algunas cosas”. De dicha norma “se desprende que para los casos enmarcados dentro de la responsabilidad objetiva, la culpa o el dolo no hacen al factor de atribución sino que lo hacen el riesgo o vicio de la cosa”.

Agrega, a modo de conclusión, que “es un error considerar que porque de una actividad o cosa puedan materializarse daños implique que dicha

actividad o cosa sean riesgosas. Cuantas personas se han cortado con una hoja de un libro o papel y no por ello los libros son cosas riesgosas o escribir o la lectura actividades riesgosas. El riesgo debe ser intrínseco a la cosa o actividad y debe tener cierta autonomía y no depender del obrar humano. De ser Internet una cosa riesgosa (e incluso los servicios de intermediación) no parecería muy coherente que se quiera declarar el acceso a Internet un Derecho Humano” (Gini, Santiago, “El anonimato, libertad de expresión, Internet y otro fallo para preocuparse (¿Es esencial o ilegal identificar a los usuarios?) publicado el 11/04/2012[eIDial.com - DC1810]

Las observaciones concernientes a la interpretación del art. 1113 en el caso se realizarán extensamente infra.

4) Con similares argumentos, sostiene asimismo la irresponsabilidad de los buscadores Macarena Pereyra Rozas, en su trabajo titulado “Responsabilidad civil de los motores de búsqueda en Internet”, que fuera acreedor del primer premio en el Concurso “Responsabilidad civil de los intermediarios de Internet” organizado por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (2010), quien además critica las sentencias de primera instancia que decidieron en sentido contrario, argumentando que dado el modo genérico en que se dictaron las resoluciones, en el sentido de ordenar la supresión de indexación de los nombres, imágenes y fotografías de las reclamantes respecto de páginas de contenido sexual, erótico y/o pornográfico, “se produce una delegación de la facultad de censura en dichos buscadores, privatizando de este modo una actividad por excepcional sobre debe darse ante casos puntuales, justificados y únicamente emanada de una autoridad judicial”.

Afirma, asimismo, que siendo que Internet es un medio de comunicación, ninguna medida tendiente al control de contenidos debe ser propiciada. Mucho menos si a quien se le pretende imponer la carga no es el productor de dichos contenidos.

Ya me he explayado ampliamente en cuanto a que en el caso no se configura el supuesto de censura, ni previa ni posterior, ni pública ni privada. Tampoco

las resoluciones “devienen de difícil cumplimiento, colocando a los intermediarios en la situación de tener que decidir y equivocarse provocando daños a terceros, toda vez que las órdenes judiciales adolecen de imprecisión en sus contenidos”, por cuanto ambas demandadas se reservan el derecho de indexar o no –a su simple arbitrio- por lo que ningún tercero podría invocar derecho alguno a ser incluido en el resultado de las búsquedas –aun cuando no se tratara de contenido manifiestamente ilícito, como es el caso- y mucho menos aún a que se incorporara en las propias páginas de los buscadores un resumen de las menciones o imágenes de la accionante, y que se las reprodujera al menos parcialmente en caché, manteniéndolas incluso mucho tiempo después de haberse modificado o incluso desaparecido el sitio original.

5) Por su parte, Martín Rico, al comentar el primer fallo de primera instancia dictado en un caso análogo, sostuvo que “... los buscadores web (Google, Yahoo, Wolfram Alpha, etc.) no resultan civilmente responsables en casos como éste, ya que operan como simples intermediarios en la información, esto es, simplemente “vinculan” contenidos de acuerdo a la búsqueda solicitada por el usuario. De la misma manera, un cartero que nos trae correspondencia, no es responsable por el contenido de las cartas que distribuye, como tampoco lo sería la empresa de correos. En definitiva, durante el quehacer cumplido por los buscadores web, no media intervención humana ya que la búsqueda importa un proceso automatizado, por medio de robots.”

Luego de explicitar aspectos técnicos de su funcionamiento, afirma que el 95% del proceso es automático (o mejor dicho realizado por robots) y en relación a Google, “su primacía lo hace responsable del 75% del tráfico generado por los buscadores, y muchos buscadores (Yahoo, AOL) acuden a él una vez agotadas sus bases de datos”, ya que éste es uno de los servicios que Google brinda.

Sin embargo, reconoce:

a) que “el avance de la tecnología informática genera un peligro potencial de daño por la eventualidad de difundir información distorsionada relativa a la persona. Nos hallamos ante un supuesto en que la

actividad (difusión de información vía web) no es peligrosa por su naturaleza, sino por la forma de su realización (por medio de la tecnología informática).”

b) 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, y 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.

c) que Google tiene conocimiento del contenido de los web sites que indexa en su buscador, y de allí que puede indexar y clasificar los contenidos que proporciona como resultado de una búsqueda, contenidos éstos que son decididos por sus propios autores y/o responsables. “Google no modifica el contenido de los sitios que ordena en su índice, sólo facilita a los usuarios el acceso a los sitios-web incluidos en el buscador, describiendo parte de su supuesto contenido. Es una herramienta propia de Google que rastrea e indexa (clasifica) las imágenes que están asociadas a las páginas web.”

d) 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. Coincide también con la sentenciante en considerar a los buscadores como instrumento “inestimable” para potenciar la difusión de información; aunque debe reconocérsele la misma capacidad- en su caso- para potenciar daño.”

e) que 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.

f) que el buscador “viene a ser un efectivo facilitador” para aquellos usuarios y autores de los sitios que con toda premeditación desean acercarse a la ilegalidad.

Pese a estas afirmaciones, el autor considera que no se encuentran configurados los criterios de atribución en materia de responsabilidad civil, que la sentencia condenatoria arriba a tal decisión por meras analogías, que no sólo resultan injustas, sino



también peligrosas para fallos futuros.

*“No tener en cuenta los aspectos técnicos de la cuestión y buscar las soluciones en leyes que resultan arcaicas, no nos conduce más que, a un sinsentido jurídico que nos aleja de la concreción del valor justicia... El derecho debe traer soluciones a problemas existentes y si aún no las hay, si ni siquiera hay algún principio jurídico que establezca con precisión la cuestión a resolver, no podemos mediante analogías normativas estériles de contenido, adaptar un derecho arcaico a una situación novedosa. Se hace necesaria la creación de un nuevo tipo de responsabilidad y de distintas cuestiones alrededor del fondo, el tema de la identidad y registro, la libertad y el derecho a la intimidad, la competencia y jurisdicción, etc.”.*

*Propone, asimismo, que “lo relevante en orden a la responsabilidad civil no es tanto el resarcimiento del daño ya producido, sino el acrecentamiento de las medidas inhibitorias que impidan la concreción de la conducta dañosa”, pese a haber afirmado en párrafos precedentes que la censura en Internet evidentemente violenta el principio de libertad de información, y únicamente estableciéndose un efectivo marco regulador de la responsabilidad de los buscadores podremos poner las cosas en claro de manera segura para todos los derechos individuales y sociales (Rico, Martín, “Los riesgos de aplicar analogías jurídicas para resolver cuestiones tecnológicas: comentarios al fallo Da Cunha Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL y otros s/daños y perjuicios”[elDial.com - DC1230] “, publicado el 11/11/2009*

*6) En varios trabajos –conjuntos e individuales, Gustavo J. y Hugo A. Vaninetti se enrolan en la posición que considera que frente a los daños que puede padecer una persona en la era digital, como ocurre cuando se colocan sus fotos en sitios pornográficos y/o eróticos no habiéndose otorgado previa autorización para ello podría atribuírsele a los buscadores algún grado de responsabilidad en ese evento dañoso, al permitirle a cualquier usuario localizar dichas páginas dentro de la red, pero sólo serán responsables cuando no cumplan una orden judicial que los ponga en conocimiento*

*de la existencia de páginas que lesionan derechos personalísimos y a las que debe bloquearse su acceso (Vaninetti, Gustavo Juan y Vaninetti, Hugo Alfredo, “Buscadores en Internet: responsabilidad civil”, E.D. 240-253 y Vaninetti, Hugo Alfredo; “La responsabilidad civil de los buscadores en Internet. Afectación de los derechos personalísimos. Supuestos para analizar”, E. D. 238-808).*

*Google y Yahoo!, si bien son los buscadores más conocidos y utilizados a nivel mundial en internet, no son los únicos. Ninguna sentencia, ya sea que resuelva una medida cautelar como la que dirima la cuestión de fondo dirigida contra un buscador, hace cesar la propagación o facilitación del daño, en todo caso lo mitiga muy parcialmente, puesto que si un usuario recurre a otro buscador (y de hecho lo hará ante la publicidad dada al caso), éste podrá seguir observando el nombre de la actora vinculado a sitios que la agravan en sus derechos personalísimos, ya que las páginas que contienen esas imágenes y nombres primeramente seguirán estando activas en la red; en segundo lugar, porque las empresas que brindan servicios de búsqueda por internet no sólo operan en nuestro país, sino que lo hacen a escala mundial y porque además a dichas páginas se puede acceder de otras formas (recomendaciones de acceder a ellas a través de mensajes de correo electrónico, foros, blogs, redes, chat, etc.).*

*Los nombres de los actores continuarían estando coligados a sitios de contenido sexual (erótico y/o pornográfico) no consentidos por éstos, pues dicha resolución sólo tendrá efectos para nuestro país y quien debe cumplirla es la filial local. (También en Vaninetti, Hugo Alfredo; “La responsabilidad civil de los buscadores en Internet. Afectación de los derechos personalísimos. Supuestos para analizar”, E. D. 238-808)*

*Bajo este argumento, bien podría entenderse que el buscador posee el conocimiento real, cierto, de la afectación de un derecho personalísimo cuando un juez competente haya declarado previamente la ilicitud de los datos contenidos en una determinada página web.*

*Ante esta situación se podría disponer el correspondiente bloqueo/retiro del enlace a la*

*página web cuestionada por la existencia de la lesión, aun cuando esto fuese constatado prima facie, por ejemplo, en una medida cautelar, y se le notificara al prestador de la correspondiente resolución judicial.*

*Si las empresas que prestan servicio de búsqueda en la red (los denominados “buscadores”) no tienen conocimiento concreto de la existencia de un contenido ilícito que así haya sido determinado por una autoridad judicial (habiendo sido decretado como tal ya sea prima facie –medida cautelar– o por decisión de fondo), éstos, en principio, no deben ser considerados como responsables de los daños que generan estos contenidos, ya que solo han prestado un servicio de ayuda en la localización en la Web (Vaninetti, Hugo Alfredo, “Buscadores en Internet. Tres recientes sentencias que delimitan el alcance de su responsabilidad civil y las dificultades para hacer efectivas medidas judiciales de bloqueo a páginas web. Lo que establece la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de la ONU al respecto. Necesidad de una regulación legal” E. D. 245-775).*

*Una vez sostenido este principio indudablemente sí les cabría responsabilidad en los casos en que mediando conocimiento de una resolución judicial que establece la ilicitud de un contenido, los buscadores no efectuaran las medidas correspondientes para impedir que subsista la propagación del daño bloqueando los enlaces a las páginas web.*

*Reiteran que la decisión acerca de qué datos o información es ilícita en la red por transgredir derechos esenciales de los individuos (intimidad, el honor o el nombre u otros), “no puede ni debe recaer en una autoridad administrativa y mucho menos en una empresa”. Si recae en cabeza de un buscador, la responsabilidad de bloquear el acceso a un sitio se podrían estar cercenando opiniones vertidas en ejercicio de la libertad de expresión, y las personas que las expresan podrían demandar posibles reparaciones ante esta situación. Se puede delimitar entonces el acceso a dichas páginas, pero nunca ser eliminadas del ciberespacio si es que no se va directamente contra ellas y sus titulares/*

*responsables.*

*En otro artículo, señala que es fácilmente imaginable el daño que padece cualquier persona, sobre todo en su honor, cuando, por ejemplo, se la vincula a un sitio pornográfico contra su voluntad. Perjuicio “que se acrecienta y que puede sufrirlo en la actualidad cualquier persona (con reconocimiento público o sin él), ya que ese daño aludido sin dudas se ha visto potenciado a niveles superlativos, por ser difundido a través de un medio de comunicación masivo y a escala global como lo es Internet, la cual ostenta una variada gama de servicios para esa fácil transmisión. La propagación vertiginosa que acaece en Internet hace que actualmente cualquier usuario de la red, y en cualquier lugar del mundo, pueda tener acceso a estos contenidos que afectan severamente derechos personalísimos, sin límites de tiempo ni de espacio, puesto que pueden ser recepcionados por una gran cantidad de personas, incluso de manera eventualmente simultánea”.*

*Ante esta situación se podría disponer el correspondiente bloqueo/retiro del enlace a dicha página web cuestionada ante la existencia de la lesión, cuando aún esto fuese constatado prima facie, por ejemplo, en una medida cautelar, y se le notificara al prestador de la correspondiente resolución judicial, por cuando no puede ni debe colocarse en cabeza de los intermediarios (prestadores del servicio de buscadores) que éstos tomen decisiones sobre la ilicitud o la licitud de los contenidos de las distintas páginas web. “Imponer tal obligación implicaría instaurar y fundamentar una censura previa, aparte de que tendería a eliminar a las empresas de intermediación por el riesgo que su actividad llevaría ínsita, tornándose muy difícil hallar contenidos en la red”.*

*Distinta sería la situación cuando las empresas que son prestatarias de un servicio de intermediación (búsqueda) en la red tuvieran conocimiento efectivo de que la información existente es ilícita, o lesionasen bienes o derechos, mediando previamente una resolución judicial que lo indique, correspondientemente notificadas de la misma y no actúen éstas con la diligencia necesaria para retirar o bloquear los links de aquellas páginas que*

contienen los datos, imágenes, etc., que afectan comprobadamente derechos personalísimos (u otros).

En estas situaciones, llegado el caso, sí cabría la posibilidad de endilgársele a los buscadores cierto grado de responsabilidad frente a los daños ocasionados, juntamente con aquellos que deberán responder primeramente, que son los titulares de las páginas generadoras del evento dañoso en sí y de quien, por ejemplo, vierta algún comentario injurioso en un foro, blog, etcétera.

El autor hace referencia, también, al rol que tienen en el evento productor del daño todas aquellas empresas o individuos que se dedican lucrativamente a brindar un servicio para lograr un mejor posicionamiento de una determinada página web dentro del universo de los buscadores, utilizando palabras, nombres, marcas etc., de reconocido impacto y raigambre pública como una especie de “gancho”, aun cuando no tengan nada que ver con el contenido de la página misma (Vaninetti, Hugo Alfredo; “La responsabilidad civil de los buscadores en Internet. Afectación de los derechos personalísimos. Supuestos para analizar”, E. D. 238-808).

Más allá de que desconocemos si en el caso ha existido tal intervención o han sido los propios titulares de los sitios quienes han utilizado lo que ya he calificado de publicidad engañosa, y que acertadamente el autor califica de “prácticas indebidas” el caso citado como ejemplo parece ser exactamente el que se configura en autos: “para que los programas de rastreo de los motores de búsqueda las capte, y por ende las incorpore a su base de datos, utilizan el nombre de una reconocida modelo, actor, etc., sin que en verdad exista dentro de su contenido tal situación, o bien estar y no contar con el correspondiente consentimiento para utilizar su imagen o nombre”.

7) También reconociendo que el accionar normal de los buscadores de Internet tiene un efecto multiplicador en el daño producido por el ilícito de un particular a través de un sitio web, Eraso Lomaquiz afirma que ello no debería ser utilizado como fundamento para atribuir responsabilidad

a aquel tercero intermediario, sino que, por el contrario, debería ser tenido en cuenta a los efectos de cuantificar el monto de la indemnización por parte de quien incorporó el contenido ilícito a la red.

“De no aparecer en los resultados de las búsquedas, probablemente, el daño sería mínimo. Sin embargo, este argumento no es suficiente para calificar a los buscadores de Internet como cosas riesgosas, o incluir dentro de esta categoría a la actividad que estos desarrollan”.

Tampoco puede liberárselos totalmente de responsabilidad, por cuanto existen circunstancias en las cuales es posible sostener que los buscadores cargan con la obligación de retirar las referencias al contenido nocivo. Existe un momento crucial a la hora de atribuirles responsabilidad, que es, precisamente, en el momento en el que se produce el reclamo, donde se da el punto de quiebre entre una situación jurídica y otra, al tomar conocimiento efectivo de que la información existente es ilícita, y ese conocimiento efectivo se da cuando media una resolución judicial que indique la ilicitud de estos contenidos. La falta de acción por parte de los buscadores ante el reclamo fundado en una resolución judicial derivará, conjuntamente con los titulares de las páginas generadoras del evento dañoso, en la responsabilidad de reparar los daños producidos por su omisión (Eraso Lomaquiz, Santiago E., “Responsabilidad de los buscadores de internet”, publicado el 11/04/2012, elDial.com - DC1811).

8) Lisandro Frene considera que quien pretenda un resarcimiento de los buscadores debe acreditar la culpa o negligencia de estos últimos; y esa negligencia se verifica si los buscadores incumplen un pedido fehaciente de bloquear determinados sitios de entre sus contenidos, efectuando un elogioso comentario a la sentencia que consideró que “el límite del pasaje del campo de la licitud al de la ilicitud debe ser el establecido en el momento en que el buscador está en condiciones de eliminar las vinculaciones injuriosas, luego de tomar conocimiento de que la difusión de determinadas páginas resultan agraviantes para el afectado, quien -a su vez- debe efectuar el reclamo pertinente



*a través de una notificación fehaciente (sin que sea menester recurrir a la justicia para ello) en la cual individualice los sitios precisos que publican el contenido que considera dañoso”.*

*Considera un desatino atribuir responsabilidad los ‘buscadores’ de Internet por “facilitar” el acceso a sitios de contenido ilícito por el solo hecho de su actividad, pues ello significaría poner en su cabeza una responsabilidad infinitamente gravosa. Todo perjuicio que sufra un individuo por algún contenido presente en Internet derivaría en la responsabilidad del buscador. Se responsabilizaría al buscador por la estructura de Internet, por su funcionamiento mismo, extendiendo su responsabilidad a límites impensados. La obligación genérica de no dañar a otro (naeminem laedere), se volvería de cumplimiento imposible para el buscador”.*

*A su criterio, es claro que, hasta el momento de recibir la denuncia de un particular presuntamente damnificado por el contenido de determinados sitios, en modo alguno puede considerarse a los buscadores responsables por el solo hecho de que tales contenidos aparezcan en los resultados de sus búsquedas. Hasta entonces, ninguna culpa cabe atribuirles, por cuanto no existe nexo de causalidad y menos aún factor de atribución para endilgar responsabilidad al buscador. Si bien después de recibido el reclamo la cuestión parece más discutible, el buscador no está obligado a remover los contenidos a menos que reciba una orden judicial en tal sentido, por cuanto es la justicia y no el buscador, quien debe decidir sobre la licitud o no del contenido de un sitio de Internet.*

*Ante la violación de sus derechos por parte de un sitio de Internet, el damnificado debe recurrir a la justicia para que en caso de corresponder, sea un juez quien ordene al buscador eliminar de su índice los sitios de Internet cuestionados o adoptar las medidas que correspondan al respecto. Si el buscador incumple la orden judicial, entonces si habrá culpa y –consecuentemente- responsabilidad del buscador; “... puede parecer poco práctico que quien ve afectado sus derechos por el contenido de un sitio de Internet deba recurrir a la justicia para lograr la remoción de tales contenidos del índice*

*de búsqueda de un buscador. Sin embargo, hasta que Argentina cuente con leyes específicas para estos casos (como las de USA o UE), esta parece la solución que mejor tutela todos los derechos en juego (Frene, Lisandro, “Responsabilidad de los “buscadores” de Internet”, L. L. 2009-F, 1219)*

*No puedo dejar de señalar que la solución propuesta no sólo es poco práctica, además de onerosa para la víctima, sino que va a contramano de lo que se denomina actualmente “acceso a justicia” que no implica judicializar los conflictos sino, por el contrario, procurar resolverlos con la mayor sencillez y celeridad y al menor costo mediante la implementación de métodos alternativos. Es esta una de las políticas implementadas en el Poder Judicial de la Nación, habiéndose creado la Comisión Nacional de Acceso a Justicia que preside la vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctora Elena Highton de Nolasco.*

*Con relación a la posibilidad de encuadrar la cuestión en el ámbito de la responsabilidad objetiva, Frene es más contundente aún, considerando que “a todas luces absurda y a contramano de la legislación comparada a nivel mundial, da una pauta del sinsentido de ciertas entelequias doctrinarias y, sobre todo, de la inconveniencia que puede resultar de aplicar indiscriminadamente determinados principios jurídicos a toda actividad vinculada con las nuevas tecnologías”.*

*Considera que el hecho de que Internet posibilite que sean llevadas a cabo acciones lesivas, no es argumento válido para calificarla como una cosa riesgosa. “Distinto es considerar riesgosa a cierta actividad desarrollada a través de Internet, por sus características propias o la forma en que es prestada; esto último depende de un análisis particular para cada caso concreto”. Sin embargo, señala que en los supuestos de “actividades riesgosas” en los términos del art. 1113 Cód. Civ., la creación del riesgo deriva de la realización misma de esa actividad. Se trata de actividades que ínsitamente poseen gran virtualidad para ocasionar graves perjuicios con entidad colectiva. La aplicación de esta tesitura a la actividad de los buscadores de Internet configuraría un injusto”.*

9) Frene (ob. cit.), como asimismo otros autores que sustentan similar criterio, refieren en apoyo de su posición, la opinión de Bustamante Alsina, quien exponía que “Tratándose del ámbito extracontractual la responsabilidad sería subjetiva o sea que el factor sería la culpa o el dolo de quien opera el sistema automatizado o por cuenta de quién realiza la operación, pues por mucho que los tratamientos automatizados empleen cosas, como los ordenadores, o computadores y todos los elementos magnéticos que forman el sistema, la recolección de datos, el procesamiento de la información y el tratamiento por medios interconectados, así como los programas e instrucciones del software y su resultado o información final son obra de la voluntad y la acción del hombre” (Bustamante Alsina, Jorge, “La informática y la responsabilidad civil”, L. L. 1987-B, 892).

He de señalar que, si bien el párrafo transcrito por este autor del artículo publicado por el profesor Bustamante Alsina en el año 1987 es fiel a su original, así recortado –a mi criterio- no evidencia el verdadero alcance de su opinión que, a renglón seguido, continúa: “Por esto puede afirmarse que la responsabilidad se genera en el sector de la responsabilidad directa por el hecho del hombre con las cosas que le sirven de instrumentos. La culpa resulta presumida conforme a lo dispuesto en la primera parte del agregado al art. 1113 del Cód. Civil, después de la reforma de la ley 17.711. Si la acción fuese delegada en operadores del sistema, la responsabilidad sería del principal de acuerdo a la primera parte de aquel artículo del Código Civil y con fundamento en el factor objetivo de garantía que hace inexcusable esta responsabilidad”. Como es evidente, la visión completa es diversa de lo que parecería sugerir, y la referencia a la norma que da fundamento a la responsabilidad objetiva es clara y contundente.

Muchos son los autores que hacen mención a aquel trabajo del Dr. Bustamante Alsina que, por otra parte, se refería específicamente a lo que en aquella época era motivo de preocupación en ámbito académico, y así comienza afirmando: “El tema de la informática y la responsabilidad civil

está referido a los daños que puede causar a terceros el empleo de los sistemas avanzados de comunicación automatizada, generalizados hoy por una tecnología de punta en constante evolución y que consiste en la recolección de datos, su almacenamiento en bancos de datos, el tratamiento de los mismos por medio de la interconexión de los ordenadores y su ulterior divulgación en el medio social donde se aplican los sistemas magnéticos”. lo potencialmente dañoso es la llamada información nominativa, el tratamiento automatizado de esas informaciones, y su almacenamiento en bancos de datos para ulterior divulgación”.

Define entonces a la “información nominativa”: es la que conduce a la identificación de las personas y a determinar su perfil moral o ideológico, su estado de salud así como su situación patrimonial e ingresos económicos.

Aclara, además, que los hechos culposos o dolosos que dañen a terceros en el uso del sistema automatizado de información caen genéricamente en la disposición del art. 1109 del Cód. Civil, añadiendo: “Sin embargo, esos hechos configuran una específica ilicitud cuando violan el art. 1071 bis del Cód. Civil, que incrimina la intromisión arbitraria, es decir sin derecho, en la vida ajena de una persona perturbando de cualquier modo su intimidad. La cuestión consiste entonces en determinar cuándo a través de la informática se produce un ataque a la intimidad de la vida de una persona”.

La identidad de la persona está constituida por los elementos, calidades o atributos personales que sirven para su identificación, como el nombre y apellido, filiación, estado civil, profesión y domicilio. Todos ellos tienen por finalidad individualizar a la persona como sujeto en las relaciones jurídicas y por tal motivo no están destinados a permanecer secretos. Esto significa que la recolección de esos datos, su acumulación en ficheros o bancos de datos y su divulgación a través de sistemas interconectados no pueden ser motivo de agravio para nadie, o, dicho de otro modo, no constituye un ataque a la intimidad, o una intromisión arbitraria en la vida ajena. ... La cuestión es distinta cuando los datos son falsos o erróneos, o

se emplean con fines diferentes a aquéllos para los que fueron recolectados. Es aquí donde se perfila la conducta antijurídica que consiste en la alteración de la identidad o el uso indebido de los datos de identificación. Otra forma de la ilicitud consiste en la determinación del perfil moral de un individuo mediante la recolección de datos sin su consentimiento, sobre su origen genealógico o antecedentes raciales, sus hábitos o costumbres y sus ideas filosóficas, políticas o religiosas.

Finalmente, concluye reafirmando que la ilicitud genérica tiene fundamento en el art. 1109 del Cód. Civil y la ilicitud específica resulta de la violación del art. 1071 bis del Cód. Civil por intromisión arbitraria en la vida ajena atentando contra la intimidad, y el factor de responsabilidad es subjetivo y consiste en la culpa presumida de quien causa daño con la cosa (art. 1113, Cód. Civil) (Bustamante Alsina, Jorge, “La informática y la responsabilidad civil”, L. L. 1987-B, 892; Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales Tomo VI, 21; LLP 1987, 631).

En “Teoría General de la responsabilidad civil”, (Abeledo-Perrot, 3ª ed., N° 1034 a 1047) Bustamante Alsina efectúa una distinción entre daños causados por el hecho de las cosas y los causados utilizándose una cosa como instrumento de la acción (N° 860/1), interpretando por ende quienes citan su obra que en este caso la informática (particularmente Internet) es instrumento de la acción humana.

10) El profesor doctor Edgardo López Herrera en su “Teoría General de la Responsabilidad Civil” (Capítulo XX, Responsabilidad de los Medios de Comunicación Social”, Lexis Nexis, Bs. As., 2006) emplaza a la culpa como norma de clausura del sistema argentino, la que convive armoniosamente con el modelo de la responsabilidad objetiva. Si bien se pronuncia por la unidad del fenómeno jurídico advierte que subsisten en nuestro régimen legal diferencias entre la contractual y la extracontractual.

En relación con el tema particular de autos, analiza ampliamente distintos daños que se pueden causar a través de Internet, indicando expresamente la violación al derecho a la imagen: “es muy frecuente el uso no autorizado de actores, modelos o personajes famosos para promocionar páginas, sin

requerirles la previa autorización o la de quien tiene derecho a difundirlas, como cuando se publican fotografías tomadas de una revista por una página que no tiene ninguna relación” (ob. cit. punto 2.2., pág. 792).

Con relación a la difamación, indica que pese a que algunos autores los catalogan como daños a la intimidad, el acopio o suministro de información nominativa no veraz o falseada, la utilización de la información nominativa con finalidad distinta de aquella para la cual fue suministrada, y la subsistencia del dato caduco, según el caso, pueden constituir también formas de difamación (ob. cit., punto 2.5. pags. 793/794).

Si bien afirma el principio de irresponsabilidad de los intermediarios de Internet, tanto con relación a los prestadores de almacenamiento temporal como respecto de los buscadores, deja a salvo que ello es así siempre que no tengan conocimiento efectivo, respecto de los primeros de “a) que la información ha sido retirada del lugar en el que se encontraba inicialmente, b) que se ha imposibilitado el acceso a ella y c) que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella”.

En relación a quienes sólo facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, “no serán responsables por dirigir a sus usuarios hacia sitios o links con contenidos ilícitos, “siempre que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud o posibilidad de causar daños” o, cuando tienen conocimiento, tomen medidas para suprimir el enlace (ob. cit., punto 3.2. pág. 801).

No obstante afirmar que “Internet es una cosa riesgosa” y reconocer que “lo lógico sería entonces sostener que debe responderse a título de riesgo o por una actividad riesgosa”, señala que en casi todo el mundo se admite la responsabilidad únicamente cuando se demuestra la culpa. “Es ésta una decisión de política legislativa que han tomado las autoridades que han dispuesto que no cargue con los costos e la sociedad de la información quien cumple con un determinado nivel de diligencia” (ob. cit., pág. 801/2).



## **B) Doctrina que reconoce la posible configuración de responsabilidad subjetiva sin previa orden judicial de bloqueo**

También dentro de este encuadre existen opiniones diversas, e incluso algunos autores que sostienen la posibilidad de que deba responderse tanto por factores de atribución subjetivos como objetivos. Por supuesto, no se cuestiona que si se ordena judicialmente al buscador bloquear un contenido determinado, éste debe cumplir la orden, la diferencia radica en que se admite que pueda existir responsabilidad aún antes de que un juez haya emitido un pronunciamiento, cautelar o definitivo.

1) Entre quienes sólo admiten responsabilidad subjetiva con posterioridad al anoticiamiento, resulta relevante reseñar la opinión de Fernando Tomeo, quien sostiene que la actividad de los Buscadores de Internet (Google, Yahoo, Lycos, Alta Vista, MSN, entre otros); la de las redes sociales (Facebook.com, Sonico.com, MySpace.com, Twitter.com, hi5.com, Orkut.com, etc.); la de las redes profesionales (LinkedIn.com); la de los grupos de opinión en foros y redes sociales y la intensa actividad de los Blogs, muchos de ellos, como distintas manifestaciones de la web 2.0., no son objeto de una legislación específica que les sea aplicable. Ante la carencia de norma específica, será de aplicación al tema el régimen de responsabilidad civil previsto por nuestro Código Civil (Tomeo, Fernando, “Responsabilidad civil de buscadores de Internet”, L. L. 2010-E, 107, entre muchas otras publicaciones de su autoría).

No puede imputarse responsabilidad objetiva al Buscador de Internet, ya que no contribuye a la generación del daño ni como autor ni como editor del contenido. El Buscador no es el creador del contenido dañoso ni tampoco el administrador del sitio donde el mismo se aloja. Ello conforme el criterio adoptado por la normativa americana y europea como así también por la jurisprudencia del Reino Unido.

El solo hecho de que en la red existan contenidos ilegales y dañinos a derechos personalísimos, publicados por terceros, a cuyas páginas se accede a través de las herramientas de búsqueda no modifica esa conclusión, ya que sostener

lo contrario implicaría imponer al Buscador la obligación de monitorear millones de contenidos (incluyendo imágenes) que se suben a la red en forma constante, 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 (Tomeo, Fernando, “Una nueva victoria para buscadores de Internet” Sup. Act. 12/07/2011, pág. 1, comentando la sentencia de primera instancia dictada en estos autos).

También tuvo ocasión de señalar que es un criterio peligroso para el futuro de los Buscadores al considerarlos titulares de una herramienta o una cosa riesgosa (que utilizan y tienen bajo su cuidado) por la que deben responder con criterio objetivo en los términos del art. 1113 del Código Civil (Tomeo, F., “Google y Yahoo con un curso a contramano”, La Ley Online).

Considera este autor que sí resulta aplicable responsabilidad subjetiva por contenidos publicados por terceros (arts. 512, 1109 y conc. del Cod. Civil a la luz del principio genérico de no dañar “alterum non laedere” consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional), cuando existe un obrar negligente de su parte, esto es, cuando se le comunicó (en forma fehaciente) la existencia de un contenido ilícito y el buscador no toma las medidas necesarias para bloquear el mismo. Ello implica que, si no fue notificado, no tiene responsabilidad, porque lo contrario “implicaría imponer al Buscador la obligación de monitorear millones de contenidos (incluyendo imágenes) que se suben a la red en forma constante, minuto a minuto”.

Si fue notificado extrajudicialmente de la existencia del contenido ilegal y se le reclamó su bloqueo, debe proceder a dejar sin efecto el vínculo o bloquear el contenido si el mismo ha sido correctamente individualizado (en el sitio web correspondiente, en forma precisa y no genérica) y 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 del

*Buscador un obrar leal, de buena fe y con la diligencia de un buen hombre de negocios, máxime cuando el autor del contenido es desconocido (Tomeo, Fernando, “Nuevo proyecto de ley para proveedores de servicio de Internet”, La Ley, Sup. Act. 03/05/2011, pag.1; “Responsabilidad civil de buscadores de Internet”, L. L. 2010-E, 107, reafirmando el criterio sostenido también en “Nueva condena judicial para buscadores de Internet”, L. L. Sup. Act. 16/03/2010, pág. 1).*

*Pero también debe requerirse del supuesto damnificado (que solicita el bloqueo de contenidos) un obrar leal y de buena fe, debiendo identificar en forma concreta el contenido cuyo bloqueo solicita y su ubicación, esto es, los sitios web con contenido ilícito o que considere agraviantes, como así también las causas y fundamentos de su requerimiento, con criterios razonables, lógicos y preceptos legales aplicables.*

*El supuesto damnificado que efectúe una notificación infundada deberá responder por los daños y perjuicios que su obrar imprudente cause al Buscador. En otras palabras, la persona que actuando maliciosamente requiera injustamente el bloqueo de contenidos legítimos deberá responder por los daños y perjuicios que su actuar pudiere ocasionar al Buscador como así también al autor de dichos contenidos.*

*En algunos casos no existirá duda alguna sobre la calidad ilegal del contenido cuyo bloqueo se solicita, en otras situaciones podrán existir dudas sobre “la naturaleza ilegal del contenido”. En estos casos el Buscador deberá recurrir a sus asesores (abogados o al experto que fuere necesario) para diligentemente fijar una posición y eventualmente, ocurrir ante el órgano judicial a los efectos que corresponda.*

*Por otra parte, consideró acertada la interpretación de que sobre el damnificado recae la carga de individualizar las páginas cuyo contenido le es perjudicial, denunciando puntualmente los sitios que estima violatorios de sus derechos personalísimos, por cuanto evita costos innecesarios, garantiza la protección inmediata de sus derechos, “evita una carga laboral adicional para nuestros sobrecargados*

*Tribunales y propicia al damnificado una respuesta inmediata a sus necesidades como ciudadano y como consumidor”, brindando soluciones más flexibles para el concepto de “conocimiento efectivo” dejando de lado el rigor de una hermenéutica ortodoxa que restringe el concepto hasta hacerlo equivalente a una resolución judicial. Este criterio es coherente con los mecanismos de denuncias de contenidos que registran los Buscadores y las Redes Sociales (Tomeo, Fernando, “Una nueva victoria... cit.).*

*2) Malaureille Peltzer sostiene que en el caso que se produzcan daños, éstos deberán ser resarcidos, ya que Internet no es un limbo jurídico, y no es cierto que no existan leyes que la regulen. “Si estos daños se provocan como consecuencia de una publicación on line, y en tanto el contenido subido a Internet es de dificultosa –o imposible- bajada de ese medio, estos daños pueden ser muy grandes para la víctima. Por ese motivo es que los jueces así lo deben considerar, porque la viralización puede ser muy dañosa e irreversible para la identidad de esa persona o víctima” (Malaureille Peltzer, Facundo, “Derecho a la intimidad de los famosos y no tanto ¿Hay culpa de la víctima?, publicado el 03/08/2011, elDial.com - DC166E).*

*En este tema en concreto, sostiene que la antijuridicidad de la actividad de los motores de búsqueda radicaría en la potenciación y publicidad de la información de contenidos dañosos (o del lugar donde se hallan los contenidos). El daño es causado directamente por el proveedor del contenido y potenciado por el Buscador, que se sirve de aquel para su aprovechamiento económico.*

*Al repotenciar la información, los Buscadores ocasionan también daños. Por ende, existe responsabilidad atribuible a los Buscadores como potenciadores del daño sufrido luego de haber sido efectivamente notificados de la existencia del contenido ilegal y de haberseles reclamado su eliminación, con fundamento en el art. 1109 del Código Civil (Malaureille Peltzer, Facundo, “Responsabilidad de los buscadores de Internet. Una deuda pendiente”, RCyS 2011-II, 82. No obstante, el mismo autor plantea en dicha obra,*

ya mencionada, la posibilidad de aplicar la ley de habeas data y la ley consumerista).

3) Sydiaha, por su parte, sostiene que, más allá del contenido particular de cada página o sitio, es dable advertir que por la naturaleza de las funciones que cumplen, existen al menos dos especies de sitios web, y tomando como punto de partida que todas ellas transmiten un contenido informativo, distingue:

1) las páginas de información primaria, que aluden en forma directa a la realidad, expresan opiniones, llevan a cabo manifestaciones artísticas, lúdicas, transmiten información de la más variada especie: noticias actuales, conocimientos científicos, difusión de ideas, expresión de pensamientos u opiniones, etc., etc. y 2) las páginas de información secundaria o de segundo grado, categoría en la que ubica a los motores de búsqueda, cuya actividad consiste en sistematizar toda la información que ofrecen las páginas de información primaria, informando al usuario, mediante listados, cuáles son las páginas en las que puede hallar una información específica. Nada obsta, asimismo, a que esta clase de páginas presente un carácter mixto, ofreciendo información de carácter primario y de carácter secundario (Sydiaha, Alejandro, “Internet como medio de comunicación: Aplicación analógica de la jurisprudencia sobre libertad de expresión” Publicado en: Sup. Act. 22/10/2009, pág. 1 y del mismo autor, “La responsabilidad civil de los buscadores de internet”, D.J. 29/12/2010, pág. 21).

Si bien reconoce que los buscadores son a su vez páginas web, que además del servicio específico de localización de datos pueden también presentar contenidos informativos primarios.

Considera que optar por la responsabilidad objetiva implicará siempre condenar a los proveedores del software de búsqueda. “Nada más descabellado. Ello equivaldría a cometer homicidio sobre el nuncio portador del mensaje. Tal opción es propia de razonamientos perezosos. Comporta como antecedente una necesaria extensión hipertrofiante del concepto de “cosa riesgosa” para aplicarlo a los motores de búsqueda. Bien se conoce que en absoluto, todas las cosas son riesgosas. Lo que aquí se trata de establecer es una delimitación

razonable del riesgo que un programa de búsqueda de información puede presentar para los derechos de las personas” (aut. cit., “La responsabilidad civil... cit.).

Resulta imposible que a priori pueda el administrador del motor de búsqueda ser hecho responsable por el contenido de aquellos sitios web acerca de los cuales brinda información: el programa informático se limita a buscar y hallar coincidencias entre datos. Será el análisis del usuario quien determine si tales datos cuentan con sustento en la realidad o si los mismos son falsos.

En el caso de las páginas de información primaria, la responsabilidad por eventuales daños no es distinta de aquella que puede corresponder, por caso, a quienes difundan informaciones inexactas o agraviantes; o bien a quienes se inmiscuyan de manera injustificada en la intimidad ajena; o que utilicen indebidamente la propiedad intelectual de terceros, a través de cualquier otro medio de comunicación.

En cambio para la hipótesis de las páginas de información secundaria, cabe advertir que liminarmente no hay una forma segura de establecer cuáles contenidos de la lista de sitios primarios que presentan como resultado al usuario afectarán el derecho de terceras personas, y cuáles serán inocuos.

Ahora bien, una vez establecida la falsedad de los datos que esa página de información primaria difunda, corresponderá al interesado poner en conocimiento del responsable de la página secundaria en cuanto a la circunstancia indicada. La responsabilidad del titular del buscador deberá surgir únicamente para el caso en el cual éste se negase a bloquear los datos en cuestión.

Ante el requerimiento legítimo de la persona afectada, el administrador del buscador deberá tomar los recaudos para que la página de información primaria deje de ser incluida entre las coincidencias halladas por comparación.

La persona que pretenda resarcimiento deberá demostrar la culpa o el dolo en que incurrió el buscador, conforme el régimen de responsabilidad



por hecho propio del art. 1109 del código civil.

Añade, además, que los programas de búsqueda caen en la órbita de la doctrina “Campillay”, pues bien pueden aplicarse en forma análoga las reglas y pautas que la doctrina de los fallos de nuestro país ha ido delineando acerca de la libertad de expresión y la responsabilidad de los medios de comunicación (aut. cit., “Internet como medio...” cit.), pero a la vez exceden ese ámbito, pues ontológicamente son más asimilables a los kioscos o puestos de diarios que a los periódicos impresos en papel o que a los noticieros de radio y televisión (aut. cit., “La responsabilidad civil...” cit.).

4) Las normas comunes sobre obligaciones extracontractuales de nuestro Código Civil bastan para cargar con responsabilidad a quien teniendo conocimiento de que mediante el uso de un instrumento que le pertenece se está causando un perjuicio a un tercero no pone la mayor y más inmediata diligencia para impedir que tal situación continúe ocurriendo y los perjuicios produciéndose.

De los casos en que diversos actores, actrices y modelos de ambos sexos en razón de que usados sus nombres artísticos como argumentos de búsqueda, el sistema proveía en la lista de resultados hipervínculos a sitios donde terceros mal intencionados habían sembrado esos nombres de manera de provocar que los buscadores propusieran a los usuarios el ingreso a sitios pornográficos o de “acompañantes” sexuales, podemos extraer la doctrina -igualmente aplicable a conflictos sobre Derecho de Autor- que considera que una vez advertidos por los perjudicados, los empresarios de motores de búsqueda tienen obligación de tomar las contramedidas para evitar que los resultados engañosos (y en este caso también injuriantes) sigan apareciendo en sus listas. 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 tácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto. 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 (Millé, Antonio, “Motores de búsqueda en internet y Derecho de Autor. Los casos judiciales de la “generación Google””, SJA 19/11/2008; JA 2008-IV-1274).

5) Refiriéndose específicamente a los titulares de páginas web, y no a los buscadores, sostiene Peñalba Pinto que, en principio, la responsabilidad será subjetiva: el creador del contenido de la página responderá por éste (con presunción de culpa, pues se trataría de daños causados con las cosas); y lo hará el propietario (si es una persona diferente de quien se encarga del contenido) a tenor del art. 1113, 1ª parte del Cód. Civil (pues aquél es su dependiente). En estos casos, si alguien se entrometiera y alterara el contenido del sitio, introduciendo declaraciones injuriosas contra terceros, el dueño y/o responsable del sitio responderán por su propia culpa (si omitieron los cuidados indispensables para que ello no ocurriera), la cual se presumirá.

Cuando una página web es “abierta” por sus responsables y/o titulares, quienes permiten que cualquier persona en forma anónima publique cualquier clase de mensajes, la situación cambia y la página web se transforma en “riesgosa”. Y el riesgo se manifiesta particularmente “en las hipótesis de daños extracontractuales que ocasiona, vg., a la privacidad”. En este caso puede hablarse del “riesgo” del bien y la responsabilidad será objetiva.

Pues si el propietario del sitio permite voluntariamente que cualquier persona participe de la creación del contenido de su página, debe asumir los riesgos que esta conducta conlleva.

El prestador de servicios intermediarios, servidor (ISP) por tanto, sólo es responsable por sus actos propios, o sea cuando es quien origina la información o bien cuando toma conocimiento de la ilicitud de ésta y omite su retiro o el bloqueo a su acceso. Tal responsabilidad será subjetiva (Peñalba Pinto, Gonzalo, “Responsabilidad por injurias vertidas en internet”, LLNOA2004 (octubre), 11)

6) La postura de Galdós ha sido aludida en distintos trabajos de otros autores: “...No cabe hesitación en compartir la postura de que ante un material

ostensiblemente dañoso, reclamada su eliminación por el sujeto damnificado, el proveedor debe actuar, y -a priori"- de ser técnicamente posible, acoger preventivamente esa petición..." y que "... la conducta exigible al proveedor de servicios de Internet es obrar, actuar y comportarse con la diligencia debida, apoyada en la razonabilidad -como standard valorativo-, diligencia más acentuada por ser la beneficiaria económica de las prestaciones y lucrar -directa o indirectamente- con el acceso a la red global. Además por estar frente al usuario o consumidor en muchas mejores condiciones técnicas fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto...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 -por ahora- dificultosa la prevención del daño, no lo es la cesación de sus consecuencias..." Galdós, Jorge, "Responsabilidad civil de los proveedores de servicios de Internet, La Ley, 2001-D, 953).

En este excelente trabajo, (también publicado en Responsabilidad Civil- Doctrinas Esenciales Tomo VI, 69), que incluye aportes referidos a doctrina, legislación y jurisprudencia extranjera, Galdós precisa que la responsabilidad civil de los operadores o intermediarios en Internet por los contenidos nocivos e ilícitos refleja, por un lado, la rispeza de la problemática y los factores extra-jurídicos que inciden y, por el otro, su expansión hacia otras áreas.

Sostiene que Internet debe (y puede) diseñar su propio emplazamiento legal que atienda a sus especiales singularidades, estableciendo, "ab initio", dos variables: "los distintos grados de responsabilidad de los prestatarios de servicios dependerán de su función -distribuidor, autor de contenido, servidora generadora de contenidos propios o de terceros, hosting- y de las posibilidades técnicas de actuar, con un parámetro de prudencia media, frente a lo nocivo o dañino. Porque lo que es ilícito conforma ilegitimidad siempre...", advirtiendo que se trata de aportes embrionarios en un proceso o etapa reflexiva en la que es preciso acopiar

información técnica y fáctica para procurar diseñar las propuestas razonables y posibles.

Luego de efectuar estas precisiones, es que afirma que "en esta etapa transicional, se debe acudir a los regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual, con factores subjetivos u objetivos de atribución u aposición del daño, en el tránsito hacia un derecho nuevo" que compatibilice la autorregulación con la libertad, recalando la conveniencia de propiciar pautas y principios supranacionales, provenientes del quehacer de entidades multilaterales y neutras, que actúen en ajenidad respecto quienes detentan intereses en el tema.

Ante la hipótesis de anonimato del propietario de la página web, se ha propiciado la responsabilidad objetiva en base al riesgo creado (art. 1113, párr. 2º "in fine", Cód. Civil Argentino), porque la computadora es una cosa de riesgo y se beneficia económicamente con el almacenamiento de datos a título oneroso o gratuito, en cuyo caso es solventado con publicidad.

Señala, además, que en este estadio interinal donde aún no se cristalizó una legislación específica, destacamos el rol interpretativo del juez, en base al principio de la analogía y del "standard de razonabilidad" (Galdós, ob. cit.).

7) En sendos artículos, que referencian una importante cantidad de precedentes extranjeros en materia de responsabilidad de los "prestadores de servicios de internet", señala Vibes que en todos los casos (sean penales o civiles), uno de los interrogantes legales que sobrevuela es el referido a la carga legal del "intermediario", qué tipo de conducta es esperable para este tipo de empresas o personas que las administran. En otras palabras, si éstos están obligados o no a controlar lo que ocurre en los servicios virtuales que operan; y, en segundo lugar, si dicho control debe ser un control a priori o a posteriori (Vibes, Federico P., "Los "intermediarios" de internet y el deber de reparación en infracciones al derecho de autor" RCyS 2012-III, 22 y "El caso "Taringa!": responsabilidad legal de los "intermediarios" de internet" S. J. A. 13/7/2011, JA-2011, III, fascículo Nro. 2, pág. 38", y en coautoría

con Alesina, Juan Carlos: “El caso Napster”: ¿Un fallo paradigmático?”, L. L. 2001-D, 165; también en coautoría con Alesina, Juan Carlos y Carbone, Rolando D., “La Propiedad Intelectual en Internet (el caso Grokster)”, L. L. 2005-F, 199).

Ello condujo a que las legislaciones en muchos países intentaran llegar a un punto medio: el sistema conocido como “puerto seguro” (safe harbour), según el cual el ISP se exime de responsabilidad legal si demuestra que actuó de manera razonable luego de tomar conocimiento de la infracción. Se implementa un sistema de “notificación y baja” (“notice and take down”), según el cual el afectado por la infracción debe notificar al ISP para que éste proceda a tomar medidas razonables tendientes a impedir que el infractor siga provocando perjuicios al afectado. Si el afectado notifica al ISP y éste no lleva a cabo “medidas razonables” para poner fin a la infracción, entonces, a partir de ese momento, el ISP es solidariamente responsable de los perjuicios ocasionados por el infractor directo.

Este sistema de “puerto seguro” es, por lo tanto, una suerte de sistema de control a posteriori. Una vez que el ISP toma conocimiento de la situación de infracción, debe reaccionar; tomando medidas razonables para evitar que el daño sufrido por el afectado sea aún más grave. Si no lo hace, responde solidariamente junto con el infractor.

Refiriéndose ya específicamente a la materia de violación de derechos de autor, considera Vibes que cabe responsabilizar al intermediario tanto con fundamento en la responsabilidad subjetiva como en la objetiva. “En primer lugar, la responsabilidad del intermediario se apoya en los arts. 1109 (deber genérico de no dañar) y 902 del Código Civil. En el caso de los intermediarios, el “mayor” deber de reparación consignado en el art. 902 repercute tanto en cuanto a la cadena de responsabilidad como respecto al ámbito de la extensión de la reparación”.

Respecto del primer ámbito (cadena de responsabilidad), dado que el intermediario sabe que se encuentra involucrado en una actividad proclive a la comisión de infracciones, es indudable que si es anoticiado de una o varias infracciones, y sin embargo, no actúa prudentemente para ponerles

fin y/o no ha tomado medidas preventivas evitar que se cometan, se cumplen los presupuestos básicos de la responsabilidad civil: 1) hecho antijurídico (infracción); 2) daño (afectación de los derechos exclusivos del titular del derecho de autor); 3) relación de causalidad (el daño se produce como consecuencia de una omisión del intermediario); y 4) culpa (negligencia del intermediario en tomar medidas preventivas).

En estos casos, no quedan dudas respecto de que existe responsabilidad solidaria entre el usuario (infractor directo) y el intermediario (infractor indirecto). En estos supuestos, las “consecuencias posibles de los hechos” a los que alude el art. 902 del Cód. Civil, apuntan al accionar de los usuarios, y el intermediario es responsable por el actuar desviado de aquéllos.

Por otro lado, esta situación encuentra una íntima relación con el primer párrafo del art. 1113 C. Civ., por cuanto es innegable que en estos supuestos, los daños son provocados por “las cosas de que se sirve” el intermediario (tecnología utilizada en el servicio) y por aquéllos “que tiene a su cuidado” ese mismo intermediario (los usuarios del servicio). “Por lo tanto, por vía de las reglas que emanan de los arts. 902, 1109 y 1113 del C. Civil, está claro que el intermediario debe responder” (Vibes, obs. cits.).

8) Por su parte, Molina Quiroga sostiene que la informática, aun en los múltiples ámbitos en los que se aplica, no puede ser calificada en forma genérica como riesgosa o peligrosa en sí misma, sin perjuicio de ser susceptible de tomarse tal de acuerdo a la forma en que se desarrolle o implemente.

Una consideración genérica de la actividad informática peca del vicio derivado de su propia amplitud. Si bien en la misma se pueden provocar daños a terceros, las situaciones que pueden presentarse son de distinta magnitud, y ello – naturalmente- puede motivar soluciones diferentes.

Esta circunstancia provoca que, en materia de daños derivados de la informática, sea posible la utilización conjunta de criterios de atribución de responsabilidad de carácter tanto subjetivo como objetivo, y es posible la delimitación del ámbito



operativo de cada uno de ellos.

*El criterio subjetivo -fundado en la culpa- cumple una función preventiva, referida a los daños evitables o típicos, que permite requerir al proveedor de servicios informáticos el desarrollo de una política de seguridad y prevención.*

*Si se acepta esta premisa, el criterio objetivo de imputación se aplicaría a los casos de daño inevitable e imprevisible (Molina Quiroga, Eduardo, "Prueba de una publicación en Internet", publicado el 13/04/2011, eIDial.com - DC1581 y del mismo autor, "Contenidos publicados en Internet", L. L. 2011-A, 1058, y "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario-Derecho Informático", Tomo I, Vol. 1, La Ley, Bs. As.2011, pags. 163 y sigtes.).*

*Señala que no está en duda que el buscador de Internet puede preseleccionar o remover cualquier contenido que esté disponible a través del servicio, lo que sí cuestionan estas empresas es su capacidad para mantener una vigilancia permanente al respecto.*

*Como conclusión –aclarando “por el momento”- señala casos en los que se habría condenado a los buscadores con base en responsabilidad subjetiva, reconociendo que “sin embargo, en los Congresos y Jornadas, especialmente cuando se trata de analizar tanto Daños como Protección a los consumidores, la tesis de responsabilidad objetiva es ampliamente mayoritaria (aut. cit, “Contenidos...” cit.).*

*9) También Fernández Delpech admite las dos vertientes de responsabilidad. Sostiene que los proveedores de servicio (Internet Service Providers-ISP) son quienes posibilitan con su accionar que los contenidos circulen, se alojen y sean accesibles por los usuarios de Internet, y por lo tanto su figura es necesaria e insustituible, ya que son el puente que de una forma u otra permite que los contenidos del sitio lleguen al usuario.*

*“Los ISP son plenamente responsables con relación a los contenidos propios, generándose en ese supuesto su plena responsabilidad objetiva, tanto por transmitir como por alojar estos contenidos que le pertenecen. Con relación a los contenidos que le son ajenos, y que son fundamentalmente*

*los que transmiten o alojan, sólo podría tener una responsabilidad subjetiva que surgiría de su negligencia manifiesta (cuando la incorporación ilícita el contenido es manifiesta y no pudo ser ignorada por el proveedor). También sería responsable cuando se le comunicó la existencia de un contenido ilícito y no tomó de inmediato las medidas necesarias para evitar que el ilícito se continúe cometiendo retirando dicho contenido” (Fernández Delpech, Horacio, “Internet: su problemática jurídica”, 2º ed. actualizada, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004, pág. 224).*

*Coincidentemente, comentando un caso sustancialmente similar al de autos, precisó que “las demandadas debieron ser condenadas por ser responsables por los contenidos ajenos injuriantes que transmiten, fundada en una responsabilidad subjetiva marcada por los arts. 512 y 1109 del Código Civil, que surgiría de su negligencia manifiesta. También serían responsables ya que cuando se les comunicó la existencia del contenido ilícito no tomaron las medidas necesarias para evitar que ese contenido ilícito e injurioso para la actora, como es la imputación de prostitución, continuara transmitiéndose (Fernández Delpech, Horacio, “Comentario al fallo Da Cunha” publicado el 17/08/2010 Citar: eIDial.com - DC13FA).*

*10) En sendos trabajos, sostiene Brizzio:*

*a) Lo que es ilegal fuera de línea lo es también en línea y son los Estados los que han de aplicar dicha legislación. Internet no se encuentra en un vacío jurídico, ya que todas las partes interesadas (los autores, los suministradores de contenido, los suministradores de servicios de ordenador central que almacenan los documentos y los transmiten, los operadores de red, los suministradores de acceso, y los usuarios finales) están sujetos a las legislaciones de los Estados respectivos. En la Argentina, a la información transmitida sobre Internet se le pueden aplicar las normas generales sobre responsabilidad civil, contractual y extracontractual en cada caso, o derivar en un acto tipificado penalmente de los distintos actores de Internet. Pero si los servicios centralizados permiten la precisa identificación de los operadores responsables, los servicios*

descentralizados como Internet, tornan delicada la determinación de la responsabilidad respecto de los diferentes intervinientes en el proceso de información, almacenamiento y transmisión, de manera tal que un actor puede ejercer alternativa o acumuladamente distintas funciones. Tanto un proveedor de servicios como un tercero pueden ser considerados autores de la información digitalizada en distintas circunstancias. Es por ello que es imprescindible señalar con exactitud, en cada caso particular, la cadena de roles con el fin de situar la responsabilidad de los contenidos primero en sus creadores, que pudieren generar un daño a terceros (Brizzio, Claudia R., “El rol de los actores en Internet como determinante de la Responsabilidad - Primera Parte”, 4-mar-2009, Cita: MJ-DOC-4223-AR | MJD4223).

b) Se han identificado tres tipos de actividades: transmisión, alojamiento y caching, que presentan una característica común: la información tratada por los proveedores siempre es proporcionada, transmitida o almacenada a petición de los destinatarios del servicio. En este sentido, se entiende por tales no solamente al internauta quien tiene acceso al servicio, sino también de toda persona que torne accesible esta información, ya sea que actúe en forma individual o profesionalmente.

Afirmar sin más que la mera existencia de los buscadores configuren la “causa eficiente” de una infracción o una conducta dañosa on line, significa desconocer tanto el funcionamiento de los diferentes servicios, como la de aquellas “medidas razonables” que debe adoptar quien se desprende una a actividad no regulada como evidentemente lo es la actividad en Internet. No podemos exigir a los servidores de Internet que ponen a disposición este tipo de servicio una obligación objetiva de resultado agravada. Una cosa es hacer caso omiso de la notificación sobre la existencia de material que debe ser bloqueado, y otra muy diferente imponer la obligación de fiscalizar todos y cada uno de los contenidos que circulan en la red, aún a aquellos que se vinculan en forma automática y que además, tienen la característica de ser extremadamente dinámicos.

Requerir este tipo de comportamiento implicaría una censura encubierta, o la imposición de incorporación de material técnico extremadamente oneroso y sofisticado, y disposición de recursos humanos que exceden los propósitos y la finalidad de la misma Internet. Es lícito prevenir un daño o reclamar la atenuación del mismo cuando éste se ha producido; pero también es lícito prevenir el freno de la actividad que se generaría ante los reclamos abusivos de quienes ven en esta modalidad de extremadamente difícil cumplimiento, el incentivo de una nueva industria del juicio.

La obligación de prudencia implica la responsabilidad del proveedor de alojamiento cuando del mismo nombre del sitio alojado, surge en forma explícita o se podrían generar dudas acerca de la licitud de su contenido. En estos casos, la obligación de eliminar de su servidor los sitios cuyo carácter ilícito es aparente se torna inexcusable. La acción final, consiste en que debe levantarse de manera inmediata los lugares controvertidos y velar para que no sean reabiertos, esto dentro de las posibilidades de los medios tecnológicos disponibles.

Los proveedores de servicios en la práctica conservan copias, por un tiempo limitado, del material que ha sido hecho accesible en línea por una persona con excepción del abastecedor, y entonces transmitido a un suscriptor en su dirección. El prestatario de servicios conserva el material con el objeto de poder satisfacer los pedidos subsecuentes del mismo material, transmitiendo la copia conservada, recuperando el material de la fuente original en la red. La ventaja de esta práctica es que reduce los requisitos del ancho de banda del prestatario de servicios y reduce el tiempo de espera en las peticiones posteriores efectuadas sobre la misma información. Es de hacer notar que esta práctica puede dar lugar a que el proveedor transmita información que no esté actualizada a los suscriptores y puede incluso privar a los operadores del Web site de la información exacta sobre cada “entrada” - información sobre el número de pedidos del material particular en un determinado Web site - y ello puede influir en forma directa en el conocimiento sobre los ingresos por publicidad

se calcula con frecuencia con este mecanismo. Por esta razón, la persona que hace accesible determinado material on line, puede establecer reglas sobre la actualización del mismo y utilizar los medios tecnológicos adecuados para efectuar un seguimiento del número de “entradas”.

Respecto al servicio de caching, se observa un criterio uniforme: la responsabilidad de los proveedores reside en la obligación de tomar las medidas tendientes a hacer cesar un acto ilícito cuando éste se haya puesto en su conocimiento pero no existe en principio ninguna obligación de medios agravada que implique a los proveedores de servicios instalar mecanismos de monitoreo sobre este tipo de información almacenada temporalmente. Por eso, se podría considerar quien hay allí una obligación de asistir a la víctima en la identificación del autor de la infracción.

Con relación a la responsabilidad extracontractual por contenidos nocivos o ilícitos en Internet, señala que los Servidores de acceso a Internet, los de servicios y otros intermediarios funcionan usualmente utilizando software que procesan la información automáticamente, transfiriéndola generalmente, sin obtener o intentar obtener el conocimiento, ya sea de su contenido, o de la naturaleza del intercambio del cual forman parte. Esta falta de conocimiento de contenidos nocivos o ilícitos, sin embargo, no los convierte en inmunes a acciones legales en los casos que el contenido de los datos transmitidos por la red lesionen derechos de un tercero.

Los proveedores de servicios pueden proveer facilidades para el almacenamiento, copiado y retransmisión de la información. A veces también efectúan controles significativos sobre la naturaleza de la información, ya sea vetando por iniciativa propia cierto tipo de contenido de información o con el asentimiento del usuario mediante la aceptación de mecanismos de “filtrado” (ver Ley 25.690).

Sin embargo, esta actitud puede generar mayor incertidumbre a la hora de evaluar la responsabilidad del intermediario, toda vez que se está demostrando un cierto grado de “control” sobre los datos que circulan en la red. Además, existen la posibilidad que

el proveedor pueda ser demandado por el usuario al aducir un perjuicio por ver limitada su libertad de información cuando el proveedor de acceso filtre cierto tipo de palabras que pueda considerar obscenas .

En términos generales la responsabilidad extracontractual, civil o penal por el contenido de una información ilícita en los términos de atipicidad, será derivado de uno o más de tres tipos de actividad: a) del copiado; b) de posesión; c) o de transmisión. El riesgo potencial para las ISP de transmitir información difamatoria es muy elevado, ya sea desde un Web site que el proveedor aloja o cachea o como uno de los anfitriones en la cadena de transmisión del Web site donde se inicia la ofensa, debido al modo en el que Internet trabaja, y a las maneras que los usuarios se comunican usando las tecnologías del Internet. El tema relevante consiste en considerar si ese riesgo -generalmente inadvertido- de transmitir se traslada como responsabilidad a los distintos intermediarios, además de la responsabilidad que le compete en forma primaria al autor original de la declaración o contenido. Si una ISP ha transmitido una declaración difamatoria.

“A nuestro entender, la responsabilidad extracontractual derivada de hechos generados mediante la transmisión de datos o información por Internet, cae bajo la órbita de los principios vigentes. En materia extracontractual, implica que:

a) Existe un factor atributivo de responsabilidad de carácter subjetivo, que deviene de la aplicación del artículo 1109 del Código Civil.

b) En el caso de la responsabilidad derivada de los daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad deberá demostrar que de su parte no hubo culpa (artículo 1113 del Código Civil). No participamos de la corriente doctrinara que aplica el criterio del artículo 1113 cuando el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, salvo los casos excepcionales en que se pudiere acreditar - con carácter restrictivo- la peligrosidad del mecanismo para transferir información on line que forme parte de la esencia misma de tal actividad” (Brizzio, Claudia R., “El Rol de los actores en Internet como determinante de la



*Responsabilidad - Segunda Parte*, 11-mar-2009,  
Cita: MJ-DOC-4228-AR | MJD4228).

C) *Doctrina que sostiene la responsabilidad objetiva*

1) Ya en las Recomendaciones de Comisión N° 2 de las Undécimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, en entre el 19 y el 22 de agosto de 1987 (J. A. 1987-IV-867 y ss.) se estableció con carácter general que:

“I) El derecho o la información implicada en nuestra Constitución Nacional (art. 33) se encuentra reconocido en forma expresa en el artículo 13 ap. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) aprobada por ley 23.054 en cuanto alude al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión como comprensivo de la libertad de buscar, recibir y difundir información sin perjuicio de establecer los límites indispensables al ejercicio de esa libertad para evitar el menoscabo de los derechos de usuarios y terceros”.

“II) La responsabilidad emergente de la informática se rige por los mismos principios que gobiernan la responsabilidad civil en general”.

Se trataron separadamente cuestiones relativas a responsabilidad contractual y extracontractual, indicándose, en lo que a nuestro tema concierne:

V) *Responsabilidad extracontractual*: Cuando la actividad informática causa daños a terceros la responsabilidad se sitúa en el ámbito extracontractual debiendo distinguirse:

a) Cuando se trata de perjuicios causados por la cosa interviniendo activamente rige el sistema de responsabilidad objetiva del artículo 1113 2° párrafo del Código Civil en tal supuesto, además, el proveedor vendedor responde en su calidad de fabricante o transmitente de un producto elaborado (Hardware y software).

b) Cuando la cosa no interviene autónomamente en la producción del daño, sino respondiendo al actuar del operador, su regulación se efectuará por aplicación del artículo 1109 del Código Civil o en su caso, por aplicación del artículo 1113 2° párrafo,

1ra. parte.

VI) *En aquellas hipótesis en que el damnificado no pudiera identificar al autor del daño, resultará aplicable la responsabilidad grupal o colectiva y siempre que se verifiquen en el caso los requisitos generales imprescindibles para su operatividad.*

VII) *El tratamiento automático de datos debe efectuarse sin menoscabo para las personas y el avance sobre los derechos personalísimos origina responsabilidad (C.C. art. 1071 bis).*

VIII) *El derecho de hacer cesar tales actividades debe contemplarse como función preventiva de la responsabilidad civil”.*

Asimismo, de lege ferenda se estableció que la solución contenida en el nuevo art. 1113 del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial, al admitir la “actividad riesgosa”, incluye la responsabilidad objetiva por daños informáticos, postura entendida como correcta por los miembros de la Comisión, como asimismo que el art. 2176 del mismo Proyecto contempla la responsabilidad concurrente de todos los legitimados pasivos.

2) Por la misma época, Gabriel A. y Rosana Stiglitz señalaban que la jurisprudencia norteamericana ha ubicado la hipótesis dentro del campo de la responsabilidad objetiva (strict liability). Se apoya en la premisa que teniendo en cuenta la alta dosis de riesgo que deriva de esta actividad tecnológica y la imposibilidad de garantizar la seguridad del sistema, es conveniente basar la responsabilidad, no en criterios que atiendan la culpa, sino en factores objetivos de atribución, que también estimulan el control y corrección de errores; reduciendo el riesgo de defectuosidad del software.

Para dichos autores, en nuestro ordenamiento, los daños derivados de la información computarizada, en lo extracontractual, quedan comprendidos en el régimen del art. 1113, 2° párr., 2ª parte del Cód. Civil, aplicable a las cosas riesgosas o viciosas. En efecto, en los términos del art. 2311 del Cód. Civil, las disposiciones referentes a las cosas son extensibles a la energía. La norma comprende pues, a la electricidad, a la cual por eso, cuando ha sido causa de daños, se le aplicó el régimen objetivo

del citado art. 1113.. Precisamente, la informática, representa una nueva forma de energía

El tratamiento automático (computarizado) de la información, comporta la utilización, para el almacenamiento, procesamiento y transmisión de los datos, de señales electromagnéticas, a través de pulsos eléctricos, magnéticas, a través de pulsos eléctricos, electro-ópticos, registros magnéticos, etcétera. Por lo demás, la información computarizada es susceptible: a) de apropiación, razón por la cual reciben particular atención los mecanismos destinados a asegurar la exclusividad de los derechos de su creador. Asimismo, es cuantitativamente mensurable; b) de valuación económica: confiere derechos patrimoniales exclusivos a su titular, es un bien imperecedero, del que puede obtener sus frutos, transmitirlo y hasta producir, a través de él, otros bienes físicos o informáticos, etc.

De manera que la información computarizada, como forma de energía electromagnética, susceptible de apropiación y apreciación pecuniaria, queda sujeta al régimen de las cosas (art. 2311, Cód. Civil).

Es, además, notoriamente riesgosa. Así se manifiesta, en las hipótesis de daños extracontractuales que ocasiona, v. gr., a la privacidad. O bien, en los casos de defectos del software atribuibles al productor-no vendedor, desvinculado contractualmente con el usuario, esa misma información computarizada se revela como viciosa.

Sucede que la información, cuando recibe tratamiento mediante computadoras genera procesos de transmisión de datos instantáneos, a distancias ilimitadas, y asimismo se presenta como sumamente vulnerable, ya que no existe posibilidad de concebir un sistema informático que brinde absoluta seguridad. Porque los sistemas desarrollados pueden alcanzar tal complejidad al punto de convertirse en imprevisibles. Esto es, impiden asegurar la exactitud de su funcionamiento, cualquiera sea su configuración o estructura de datos.

La programación llega a reflejar un permanente estado de peligro potencial de ocasionar daños,

en determinadas situaciones en que la capacidad de control sobre la información es limitada. La complejidad creciente de los sistemas informáticos y el manejo de grandes volúmenes de información en reducidos tiempos, importa a la postre que errores e imperfecciones queden fuera de alcance de toda supervisión del hombre, convirtiéndose la información computarizada (energía) en causa autónoma del daño (derivado de su riesgo o vicio). Se hace entonces aplicable el régimen objetivo de responsabilidad previsto en el art. 1113, 2º párr., 2ª parte del Cód. Civil.

Aunque la información computarizada no configura una mercancía (porque no es stricto sensu una cosa, sino que recibe la aplicación de sus reglas), sería de todos modos irrelevante -a nuestro juicio- examinar si se trata de daños derivados de productos elaborados, ya que también este tipo de responsabilidad especial queda regida por el factor objetivo de atribución del art. 1113, 2º párr., 2ª parte del Cód. Civil. Sobre la base de lo dispuesto por el art. 1083 del Cód. Civil, es pertinente reclamar la reparación del daño mediante la rectificación de los defectos o irregularidades en las informaciones almacenadas o difundidas, como forma de reposición de las cosas al estado anterior Stiglitz, Gabriel A., Stiglitz, Rosana M., "Responsabilidad civil por daños derivados de la informática", L. L. 1987-E, 795; LLP 1988, 325; Responsabilidad Civil -Doctrinas Esenciales Tomo VI, 47).

3) También hace más de dos décadas, señalaba la Dra. Messina de Estrella Gutiérrez que los daños causados por la aplicación de la informática -o la cibernética en su concepto global- entre otros, son típicos de la sociedad postindustrial, y todos presentan un denominador común: su dañosidad deriva de alguna actividad riesgosa.

Las nuevas formas de riesgos no pueden contenerse en el esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni aun en la solución de la imputación objetiva por la intervención de "cosas" riesgosas o viciosas, aun cuando en algunas ocasiones el peligro de la cosa revierte naturalmente en la actividad que la instrumenta, confiriéndole carácter riesgoso. En otras hipótesis, en sí mismas inofensivas, adquieren

*una potencia dañosa a raíz y en el curso del proceso de manipulación.”.*

*Así como en la etapa industrial el daño era, preferentemente, causado por las cosas, en la era tecnológica los siniestros conciernen a la actividad riesgosa (Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., “Aplicación del sistema de “actividad riesgosa” a los daños modernos”, L. L. 1989-C, 945 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo II, 877).*

*A través de la actividad informática se suelen lesionar derechos de terceros como consecuencia de información inexacta o por la disfunción de programas. En esta hipótesis de daños ocasionados a terceros (cuasidelitos), como en la variedad de delitos informáticos, la responsabilidad se emplaza en el ámbito extracontractual. Por la utilización de cosas riesgosas (art. 1113, 2º parte, párrafo segundo, Cod. Civil), ubicamos la responsabilidad en el factor objetivo de riesgo (Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje al Profesor Doctor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, UMSA 1990, conclusiones de la Comisión Nº 3, presididas por el Dr. Oscar Ameal y la Dra. Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, “Illicitudes informáticas en el procesamiento de datos personales”. Allí los Dres. Kemelmajer de Carlucci, Ameal, Parellada y Vázquez Ferreyra, entre otros, consideraron que en el supuesto que el riesgo derive del riesgo o vicio de la cosa empleada, el factor de atribución será objetivo.*

*La responsabilidad extracontractual en materia informática—sin entrar a considerar las múltiples maquinaciones destinadas a cometer ilícitos—surge: cuando no hay contrato (o cuando no hay una obligación predeterminada en el concepto de Llambías), cuando la responsabilidad no concierne a los contratantes sino a terceros o afecta a terceros no contratantes —como ocurriría en el caso- o, en la hipótesis del art. 1107 del Código Civil, cuando la responsabilidad contractual da paso a la órbita extracontractual.*

*Los cuasidelitos se presentan en innúmeras situaciones en que la negligencia permita el mal funcionamiento de la informática, o el daño sea*

*causado por la intervención de “cosas”, que en el caso que nos ocupa pueden ser consideradas peligrosas o riesgosas.*

*En la legislación vigente encuadramos los perjuicios ocasionados por la informática en el segundo párrafo, segunda parte del art. 1113 del Código Civil, en tanto sea causado por la cosa actuando activamente, aplicándose plenamente responsabilidad objetiva. No obstante, la provisión de bienes y servicios informáticos adecua mejor al concepto de “actividad riesgosa”. En nuestro derecho positivo, al no contar con la actividad riesgosa como factor de atribución de responsabilidad, entendemos que ella es fundamento objetivo siempre que se efectivice con utilización de cosas (VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 1994). (Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., “La responsabilidad civil en la era tecnológica – Tendencias y Prospectiva”, segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., pags. 164/165).*

*4) En un trabajo que fuera merecedor del Segundo Premio del Concurso sobre “Responsabilidad civil de los buscadores de contenido en Internet”, realizado el 14 de julio 2010 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y organizado por la Comisión de Derecho de la Alta Tecnología presidida por el Dr. Horacio R. Granero, titulado “Responsabilidad civil de los buscadores de contenido en Internet” [elDial.com - DC13E5](publicado el 11/08/2010 en elDial.com DC13E5), la Dra. Nora A. Cherñavsky concluye afirmando que “Si las empresas de motores de búsqueda pueden crear programas de búsquedas seguras y controladas, ofrecer filtros de contenidos y desarrollar sistemas para indexar contenidos de acuerdo a su localización, a fin de evitar incurrir en responsabilidad propia por delitos contra la propiedad intelectual, pornografía infantil, etc., pueden ser responsabilizadas objetivamente por aquellas conductas antijurídicas generadoras de daños a terceros, sin necesidad de que el usuario del servicio funcione como “policía” poniendo en su cabeza la obligación de denuncia del uso ilícito que se ejerza mediante- por ej.- la injuriosa indexación de textos o imágenes lícitas, a sitios ilícitos o de contenidos nocivos”.*



*Para ello parte de la premisa básica que todo aquel que maneja riesgos sociales derivados de su actividad debe responder por los daños que ocasione, de la propia función del derecho civil que es la de distribuir las cargas y costos sociales en forma equitativa y que siendo los buscadores de Internet facilitadores de acceso a contenidos dispersos por la red global, con dicho accionar pueden exponer a los usuarios de estas tecnologías a nuevos riesgos e incluso a la efectiva producción de daños, los que siendo ocasionados en el curso de la prestación del servicio, deben ser asumidos por quien lo brinda. En virtud de ello, postula un factor de atribución de responsabilidad objetiva en función de que poseen el gobierno de la información y la capacidad técnica de acceder, analizar y seleccionar contenidos.*

*Analiza, asimismo, doctrina y jurisprudencia extranjera y los lineamientos de las Directivas para los Estados miembros de la Unión Europea- tanto en materia civil como penal- a fin de sostener que “quien gobierna la información debe asumir los costos de la eventual dañosidad social que la prestación de tal servicio genere a los usuarios, como así también el deber de colaborar en el esclarecimiento de los ilícitos de contenido o de tráfico cometidos por la red” y en relación específicamente con las Proveedoras de acceso y de herramientas de búsqueda general de páginas de Internet, afirma su responsabilidad civil en la medida en que poseen además de las herramientas técnicas y las humanas para prevenir, detectar y controlar los abusos de las tecnologías informáticas y de las comunicaciones, a través de una programación ética del servicio que brindan.*

*Desde el punto de vista constitucional, entiende que corresponde aplicar el encuadre del artículo 42 CN al tema en análisis, debido a que el usuario es consumidor de “servicios de red” y tiene el derecho –de rango constitucional, desde el año 1994-, a que se lo proteja de los daños y perjuicios ocasionados por las empresas propietarias de motores de búsqueda de Internet que dan acceso a determinados contenidos de sitios de terceros indexados en sus búsquedas que utilizan la imagen y/o vinculan los nombres de las personas con sitios vinculados a actividades ilegales o inmorales, tales*

*como la pornografía.*

*Acreditado previamente el daño y el correspondiente nexo causal, propone la aplicación de la responsabilidad objetiva, “siendo que la propia actividad en cuestión resulta generadora de responsabilidad en tanto la actividad empresarial presupone un deber general de no causar un daño y el eventual deber de repararlo en caso contrario, retirando e incluso denunciando todos aquellos contenidos a los que están en condiciones de acceder debido a la posibilidad técnica de leer información de referencia sobre la página contenida en los “meta tags” invisibles para un visitante pero que “puede ser utilizada por los robots de búsqueda para incluirla en las bases de datos de los buscadores y mostrarla en el resumen de búsquedas...”.*

*Efectúa la Dra. Chernavsky un planteo axiológico que no puedo menos que compartir: “Resulta indudable la necesidad de exigir en el “campo virtual” todo aquello que se exige en el “mundo real”. Debe existir una ética en la prestación de servicios de búsqueda, debiendo los ISP adoptar voluntariamente códigos deontológicos que rijan la actividad, autoexcluyéndose de brindar acceso a contenidos ilícitos o injuriantes a terceros, dado que su actividad es mucho más que recorrer caminos de búsqueda formados por algoritmos matemáticos. Debe existir una ética al servicio de la programación, tal como lo señala en diferente análisis, el Dr. Horacio Granero en el ámbito nacional y que no es ni más ni menos que aquello que James H. Moore señala como factor invisible en su premonitoria obra “Computer Ethics” del año 1985.*

*Señala, además, que “todas aquellas dificultades técnicas que para un lego resultan insuperables, no lo son para los proveedores del servicio, prueba de ello es que Google ha aplicado toda su tecnología para crear un programa de búsqueda segura y controlada para niños. En éste automáticamente se descartan los resultados “no adecuados”. A esta conclusión se arriba también accediendo a Google y verificando que en febrero de 2010 el buscador fue a patentar en Estados Unidos un sistema mediante el cual “puede indexar o no contenidos según su localización” a los efectos de cubrirse sus espaldas*

*a la hora de preparar un sistema automático para la indexación, por ejemplo, de algunos libros según el país o los sistemas de propiedad intelectual vigentes en ese país”.*

*5) Si bien no en relación con el tema específico que nos ocupa, sino en cuanto al sistema informatizado que opera la red de cajeros automáticos, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, con voto preopinante del Dr. Gerardo G. Vassallo, expresó que podría aplicarse sin mayores reparos el art. 1113 del Código Civil, en tanto el Banco ostenta la calidad de dueño o, cuanto menos, de guardián del sistema informático que opera los cajeros automáticos de su red. El sistema (software y hardware) que permite operar una red de cajeros automáticos puede ser calificado de cosa riesgosa. En rigor esta calificación puede ser asignada, en este punto, al sistema informático que opera las transacciones remotas, sea mediante el denominado home banking sea por el uso de cajeros.*

*“En cuanto a la corporeidad, la página web claramente ocuparía un lugar en el espacio, al ser un conjunto de instrucciones y algoritmos que se almacenan en el disco rígido del servidor de Internet para ser visualizados, ocupando un lugar en el espacio que no puede ser utilizado al mismo tiempo por otra página Internet... (Bueres Alberto - Highton E, Código Civil, T. 5 A, página 13)”.*

*“A todo evento cabe señalar que en el caso, nomino como cosa riesgosa al ‘sistema informático’ que permite concertar negocios y obtener servicios bancarios en forma remota. Y tal ‘sistema’ es un conjunto de elementos materiales (hardware: servidores, cableado de datos y electricidad, cajeros automáticos, tarjetas magnéticas, etc.) que califican como cosa aún desde una interpretación restrictiva de tal concepto”.*

*Estos elementos “físicos” o “atómicos”, como lo califican algunos autores por estar formados por átomos, son complementados por otros elementos digitales (software), que contienen las instrucciones para que aquellos medios mecánicos o electrónicos cumplan las tareas para las cuales han sido diseñados.*

*“Entiendo claro que un sistema informático constituye una cosa en el sentido asignado por el artículo 2311 del Código Civil... el documento electrónico, sea un mero texto digital un software o una página web, tiene cierta corporeidad que permite su asimilación al concepto clásico de cosa. De todos modos, como enseña Borda, aun cuando la ley no diga que las energías (eléctrica, atómica, magnética, etc.) sean cosas, al atribuirles la misma condición jurídica (“Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a...”), les reconoce la calidad de tales (Borda G. A., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, T. II, página 32)”*

*Igual conclusión cabe asignar al documento digital el cual, al igual que las energías, son mensurables y poseen un contenido económico susceptible de goce y disposición que se asimila a las cosas. Negar que estos documentos de amplia difusión y algunos de ellos de trascendente valor económico puedan ser asimilados a una “cosa” sólo puede ser imaginado en un contexto de grosera irrealidad y de acuerdo a una interpretación por demás restrictiva del concepto que ingresa en la arbitrariedad.*

*Máxime cuando nuestra legislación ha reconocido y regulado su existencia asignándole iguales efectos que un documento “físico” (ley 25.506; artículo 6: “Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”; ... nadie discute hoy que un software es un bien susceptible de tener un valor.*

*“Desde esa óptica tanto un sistema informático (conjunto integrado de hardware y software) como el programa de aplicación tienen un valor significativo si nos referimos al que permite la operación de un sistema bancario...A partir de este concepto, cabe analizar si se trata de una cosa “riesgosa”, a fin de aplicar la responsabilidad objetiva prevista por el artículo 1113 del Código Civil” (C.N.Com., Sala D, 15/05/2008, “Bieniauskas Carlos c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario”, L. L. 2008-D, 422, y 2008-E , 247).*

*Cabe aclarar que ya había establecido en primer*

término, además, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, con base en lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 24.240, han atribuido a la responsabilidad que deriva de la relación de consumo el carácter de objetiva.

6) Sostiene Lezcano que existe una clara diferencia de los buscadores del tipo Google o Yahoo! en relación al resto de los medios de comunicación en Internet. Los gestores son siempre productores, mientras que los usuarios son más o menos activos dependiendo del uso de las opciones -comúnmente denominadas opciones de búsqueda- que despliegan los gestores. Los buscadores son principalmente “sujetos gestores-productores” en el momento en que “crean contenidos, aunque lo más apropiado sería indicar que los indexan, y establecen las directrices de funcionamiento, tales como normativas y pautas de funcionamiento, diseño de opciones de búsqueda, selección de motores de búsqueda, etc.”

Con cita de Alonso, señala que concretamente, son productores en el momento en que conforman la estructura general del medio, que abarca la implementación de tres estadios: en primer lugar, marcan los criterios que se emplearán para seleccionar la información; en segundo lugar, establecen los criterios a través de los cuales se mostrarán los resultados de las búsquedas llevadas a cabo por los usuarios; y en tercer lugar, marcan los diferentes métodos a través de los cuales se diseñarán las opciones de búsqueda” (Lezcano, José María, “Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet”, UNLP 2009-2010, 518).

Recuerda este autor expresamente las explicaciones brindadas por el propio Dr. Guillermo A. Borda: la ley 17.711 cambió la palabra corporales por materiales, con lo que ya no se trata de saber si las cosas son corpóreas, si tienen un cuerpo, sino si son materiales, si entra una materia física en su composición. Resulta muy claro que son cosas todas las que ocupan un lugar en el espacio, sean sólidas, líquidas o gaseosas. Así llegamos al agregado 2º párrafo del art. 1113, vinculado estrechamente a la cuestión de si las energías son o no cosas, aspecto

resuelto en el agregado al art. 2311, estableciendo que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. Aunque la ley no diga que las energías (electricidad, energía atómica, atracción magnética) son cosas, al atribuirle la misma condición jurídica, les reconoce la calidad de tales. Y refiriéndose a esto dice el maestro Borda “en derecho lo que cuenta son los efectos; si las energías apropiables tienen igual condición que las cosas, son cosas”.

“Remontándonos aún más en el tiempo, ya en 1956, al explicar los requisitos legales del objeto para ser cosa en el sentido jurídico, Spota tiene en cuenta el valor económico o el de cambio, así como el valor de uso, el valor afectivo y el valor del objeto corporal que permite, con su uso, satisfacer fines altruistas, caben dentro del amplio concepto del “valor” a que se refiere el art. 2311. Además, dice: “el concepto jurídico de cosa, el que emana de los arts. 2311 y 2312, no se apoya, por lo demás, exclusivamente en la ciencia de la física: el sustrato físico, la corporeidad a la que se refiere el primero de dichos preceptos, ha de aprehenderse en función del valor, considerando la aptitud del objeto de ser apropiable y de constituir el medio de satisfacer exigencias económicas y sociales”, por lo que podían caber dentro del concepto de cosas, la “energía eléctrica”, así como otras energías extrahumanas (energía térmica, sonora, lumínica, la radiactividad, etc.) (Lezcano, ob. cit., y sus citas).

Afirma además que aun siendo “los buscadores” intermediarios en Internet, la actividad que realizan, la forma en que prestan el servicio, el beneficio que obtienen, el acceso al avance tecnológico, entre otras, los pone en posición de afrontar las funciones reparatorias, demarcatorias y de prevención del daño o comportamientos antisociales de la responsabilidad civil.

De todo ello concluye el autor comentado que la responsabilidad de las empresas que brindan el servicio de búsqueda de información por Internet es objetiva, en tanto son las empresas quienes ofrecen el servicio, devolviendo información, incluso generando una especie de atención en ciertas



*páginas, a través de un ranking -pagerank-, quienes desarrollan el diseño del sistema, poseen el software e infraestructura necesaria que les permite colocar el producto en el mercado, y obtener beneficios por dicha actividad.*

*7) Martini señala que el procesamiento de la información por medios digitales genera dos vertientes de análisis en materia de daños: el primero de ellos, tiene vinculación con los derivados del procesamiento informático de la información, que en muchas ocasiones lesiona el derecho a la intimidad de todo ser humano (responsabilidad de bancos de datos personales informatizados, y aquellos contratos que son tipificados como informáticos) y el segundo se relaciona que los daños extracontractuales que genera la información vertida en medios digitales. Aquí, la doctrina coincide con asignarle a los daños ocasionados tanto en los bancos de datos informáticos como en los incumplimientos contractuales informáticos, un factor de atribución objetivo basado en el riesgo creado o bien en la actividad riesgosa desplegada.*

*En el segundo grupo encontramos daños ocasionados por medios digitales, en los cuales Internet es el medio por antonomasia en donde se ocasionan daños. En especial, la intimidad, el honor y la imagen son los derechos que más se han visto conculcados. Centrando el análisis en la responsabilidad por lesión a la intimidad, honor e imagen, ocasionada extracontractualmente en Internet, en ocasiones resulta dificultoso identificar al autor del daño, máxime cuando la técnica informática no permite brindar soluciones que respeten la imputación material del mismo. De ello, se desprende la necesidad de encontrar fundamentos que nos lleven a justificar una pretensión resarcitoria en otros sujetos que intervienen en la red. Y es aquí cuando aparece la figura de los ISP o los Proveedores de Servicios de Internet.*

*Siguiendo la opinión de Pizarro, sostiene “una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza (esto es, por sus características propias, ordinarias y normales), o por las circunstancias de su realización (por algún accidente de lugar, tiempo y modo) genera una significativa probabilidad de*

*riesgo o peligro para terceros, ponderable conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas”, no siendo necesario que intervenga, en opinión del jurista nombrado, una cosa de manera activa o pasiva, constituyendo la empresa uno de los ámbitos de actividad riesgosa “en el sentido de entidad que organiza capital y trabajo como factores de producción y con fines lucrativos” (Pizarro, Ramón Daniel, Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y Extracontractual. 1ª Edición, Buenos Aires. La Ley, 2006, Tomo I, pág. 161/162)”.*

*Las nuevas tipologías de daños en esta tercera ola, como los producidos por productos elaborados, contaminación ambiental o explotación nuclear, presentan “un denominador común y es que su dañosidad deriva de alguna actividad riesgosa” no pudiendo concebirse en los tiempos que corren, una actividad desplegada en Internet contenida en el esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni en la responsabilidad objetiva de “cosas” riesgosas o viciosas.*

*Los browsers constituyen verdaderos enlaces entre el usuario y el proveedor de contenidos. El análisis de la responsabilidad civil de estos intermediarios, debe estar orientado en derredor de la siguiente premisa: “los resultados que el buscador arroja, son seleccionados y ordenados en forma automática, de acuerdo a criterios definidos por seres humanos que los han diseñado. Es decir, existe un obrar humano que ha seleccionado aquellos resultados que se arrojan al cargar el usuario los términos de palabras que comprenden la información a encontrar. Debiendo resolverse si esta intervención es causa adecuada del daño, y cuáles son los elementos axiológicos necesarios para imputar tales daños.”*

*La causalidad adecuada es entendida como el nexo o vínculo material que liga la conducta u omisión con el daño, en base a parámetros objetivos según lo que suele suceder conforme el curso normal y ordinario de las cosas. Habrá que indagar si la actuación en concreto de estos sujetos, constituye una mera ocasión, o ella se potencia convirtiéndose en causa relevante, y por ende, adecuada para producir el evento dañoso.*

*Según este autor, la remisión hecha por el buscador no constituye una consecuencia inmediata, ya que consideradas las mismas como aquellas que “acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas”, no es conforme al curso normal y ordinario, que la remisión ocasione el daño a la imagen de la actora, ya que la consecuencia inmediata habrá que juzgarla en relación al autor del contenido dañoso, que fue quien efectivamente subió la imagen sin autorización, transgrediendo la imagen de la modelo y cantante. Por ello, constituye una causa inmediata del daño, aquella que deriva de la colocación en una página web de una foto infringiendo la imagen, intimidad u honor de una persona. Es allí, en donde la acción se liga a su consecuencia dañosa.*

*Si consideramos que el obrar del buscador, no constituye una consecuencia inmediata, habrá que valorar si la misma configura una consecuencia mediata en los términos del artículo 901 del Cód. Civil, que consigna “...las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas”. Recurriendo al criterio de la previsibilidad, “...se consideran mediatas las consecuencias previsibles que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto”, siendo la ligazón con el hecho causa no directa, “...porque en la cadena causal aparece aquél interfiriendo por otro hecho que determina, coadyuva, condiciona o es meramente indiferente al resultado.”*

*Esta previsibilidad, debe ser aquella que deriva según el curso normal y ordinario de las cosas y que caracteriza a las consecuencias inmediatas. Por ende, “...aunque el enlace del hecho con otro acontecimiento, condición determinante del efecto, es una circunstancia contingente, no por ello deja de ser previsible, ya que esa derivación constituye una consecuencia posible”.*

*Esa conexión del motor de búsqueda con la página web dañosa, es una consecuencia posible de los hechos, constituyendo una probabilidad, es decir, “...si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un cierto resultado...”. La característica de mediatez*

*material, no obsta a la existencia de una “...inmediatez en el plano de las representaciones intelectivas del autor del acto, ya que de lo contrario se trataría de una consecuencia casual o fortuita”.*

*La remisión automática del buscador, podría encuadrarse como consecuencia mediata previsible, ya que si bien no hay una inmediatez, la conexión que resulta del actuar de este sujeto con el autor del contenido, en muchas ocasiones remite a contenidos lesivos, y que ello no puede escapar a la órbita de conocimiento del browsers.*

*Esta postura, por demás opinable, no constituye obstáculo para consagrar parámetros axiológicos que consagren en el caso concreto una responsabilidad objetiva por actividad riesgosa.*

*Por consiguiente, “...el juicio de riesgosity se realiza siempre en función de un parámetro de causalidad adecuada, de previsibilidad objetiva, ex post facto. Riesgo creado y causalidad adecuada son dos nociones esencialmente compatibles y complementarias, lo que nos lleva a concluir que la consagración de una responsabilidad subjetiva basada en la culpa, no aprecia en su totalidad el fenómeno que reviste en la actualidad la causalidad adecuada del daño.*

*“Parece que se presume, se conjetura, pero no se expresa de manera clara; situación que de manera elocuente nos describe López Mesa en su artículo “El mito de la causalidad adecuada”, respecto de la actitud que tienen los jueces en dar por sentada una causalidad que en muchas ocasiones no respeta el régimen de imputación de consecuencias, lo que lleva a considerar que en más de una ocasión podríamos estar ante un mito que ante una realidad jurídica comprobada.*

*La tendencia doctrinaria, a lo largo de su rica evolución, ha logrado colocar a la responsabilidad objetiva, en una igualdad cualitativa al lado de la culpa. Y los argumentos esgrimidos por estas empresas, respecto de la coerción que podría implicar a la libertad de expresión en Internet, futuras condenas a resarcimientos de daños injustos, revela un discurso oculto, cual es una mera visión económica de la responsabilidad civil. Esta*

*libertad, nos dice Pizarro, no puede ser valorada cualitativamente, ni menos aún medida en su entidad cuantitativa, en base a criterios economicistas que todo lo miden en función del rédito pecuniario”.*

*Finalmente, afirma el autor que las prestaciones de servicios de la sociedad de la información, quedan atrapadas por la responsabilidad objetiva y solidaria que consagra nuestro art. 40 de la Ley 24.240, por lo que todo aquel que haya intervenido en la comercialización del servicio, debe responder objetiva y solidariamente, pudiendo el consumidor reclamar el perjuicio a cualquiera de los deudores, sin perjuicio de las acciones internas de recursión. En efecto, el proveedor de acceso, el proveedor de la estructura telecomunicacional, el proveedor de hosting y el proveedor de contenidos, forman parte de una cadena causal descrita y atrapada por los efectos de dicha norma (Martini, Luciano José, “La Responsabilidad Civil en Internet. Un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir” RCyS 2011-VIII, 17).*

*Este último aspecto fue ya tratado precedentemente (considerando XV, B), pero sin proponer la aplicación de esta normativa en forma directa, por considerar que la protección establecida para el tercero en la relación de consumo ha sido establecida legalmente durante el trámite del juicio. Más allá de la calificación de normativa de orden público, se estima preferible no fundar este pronunciamiento específicamente en este régimen legal, aun cuando no puede dejar de señalarse su indudable pertinencia en orden a los hechos que se han ido sucediendo con posterioridad a su sanción.*

*8) En un artículo que hasta ha sido materia de debate en los agravios por ambas partes, señala Guillermo J. Borda que en esta cuestión “No deja de tratarse del viejo problema en torno al hombre y al progreso, el cual, no debe ser resuelto sin tener en cuenta en primer lugar los derechos de la persona, sobre cuya valla infranqueable debe reposar una auténtica noción de progreso humano, distante de todas las consideraciones mayormente interesadas que realizan quienes consideran a Internet como la revolución tecnológica en cuyo sacrificio deben*

*ofrendarse los derechos individuales”.*

*Las posibilidades que brinda Internet en cuanto al acceso, intercambio y publicación de contenidos es inconmensurable, pero al mismo tiempo que ha favorecido su búsqueda, recepción y difusión de manera prácticamente ilimitada, ha aumentado el riesgo de producción de daños a los derechos de la persona humana; así, derechos personalísimos como la intimidad, la imagen, el honor y la dignidad se ven amenazados a través de internet.*

*El tema fue motivo de preocupación de nuestros juristas cuando la revolución tecnológica daba sus primeros pasos; ya por entonces se sostuvo que el desarrollo tecnológico hacía necesario que se imputasen responsabilidades objetivas a quienes desempeñaran actividades de alto índice de dañosidad, en las que estuviera, por ejemplo, comprometido el manejo de información (Kemelmajer de Carlucci, Aída y Parellada, Carlos, “Factores objetivos de atribución”, en Mosset Iturraspe, Jorge (dir.), “Responsabilidad civil”, vol. 9, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 199).*

*Los programas informáticos de búsquedas si bien operan de manera automatizada, son diseños humanos que responden en una primera instancia al gobierno de sus creadores, quienes establecen qué contenidos pueden indexarse y qué otros contenidos pueden ser filtrados; “...quien gobierna la información es el buscador; de cualquier otra manera sería imposible administrar las relaciones de búsqueda a partir de conectores lógicos y/o otros operadores brindados en el afán de permitir satisfacer las necesidades del usuario”.*

*Por otra parte, los buscadores son también páginas de internet. Su actividad no se agota en la mera facilitación de los contenidos, sino que operan una reconfiguración de la circulación de la información, al transformar la difusión a veces marginal de algunos sitios -como los dedicados a la oferta sexual y a la pornografía-, abriéndolos a verdaderos espacios de masividad compuestos por el público usuario de los sistemas de búsqueda.*

*Los buscadores tienen así efectos desproporcionados en relación con la capacidad perjudicial del*



*responsable primigenio del ilícito, esto es, la página de información primaria, y concretan esa capacidad a través de la potenciación de los efectos difusivos de la información; sucede que la sistematización y selección que operan las páginas de búsqueda transforman la información concentrándola, primero, y promoviendo su acceso masivo.*

*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 publicar 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 (Borda, Guillermo J. (h) con la colaboración del Dr. Carlos Pereira (h), “La responsabilidad de los buscadores en internet”, SJA 9/6/2010 JA 2010-II, fasc. 2010, ps. 7/11).*

*Adelanto mi completa adhesión a esta postura, que – como era esperable- refleja los valores humanísticos que presidieran la reforma implementada por la ley 17.711 a nuestro Código Civil, bajo la dirección del profesor Guillermo A. Borda y con la intervención de muchos de los más relevantes*

*9) El Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la Comisión de Reformas*

*designada por Decreto Presidencial 191/2011, al que ya se hiciera referencia, incorpora claramente las “actividades riesgosas”, y los argumentos expresados en la fundamentación resumen cabalmente la actual opinión de la doctrina mayoritaria.*

*En el Título V: Otras fuentes de las obligaciones; Capítulo 1: Responsabilidad civil, Sección 7º: Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades, se incluyen las siguientes disposiciones:*

*Artículo 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.*

*Artículo 1758.- Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.*

*En los Fundamentos, se expresa que si hay un supuesto en que hay una cosa riesgosa o una actividad riesgosa, nada impide la aplicación de la analogía, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma.*

*Más ampliamente se indica: “14. Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades”*

*Luego de la reforma de la ley 17.711 al artículo 1113 del Código Civil se ha desarrollado una amplia y consolidada doctrina jurisprudencial sobre*

*la interpretación de este texto que no se puede ignorar. También es necesario incluir el concepto de actividad riesgosa, que la mayoría de la doctrina argentina ha aprobado. Respecto de la definición de esta noción, en cambio, hay muchas discrepancias. La inclusión de la actividad riesgosa sin ninguna precisión, hace que cualquier actividad humana pueda ser considerada como tal, generalizando la responsabilidad de modo excesivo y sin precedentes en el derecho comparado.*

*Por estas razones el texto contempla dos supuestos:*

*El daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, que mantiene la ya referida regla del artículo 1113 del actual Código.*

*De las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Sobre este aspecto hay mucha controversia e ideas diferentes que se han discutido en la Comisión. Se ha optado por mantener un criterio amplio que ha sido utilizado en la jurisprudencia, calificando la actividad de riesgosa o peligrosa por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.*

*En todos los casos la responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.*

*En cuanto a los sujetos responsables, se admite que el dueño y el guardián son responsables indistintamente del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño no responde si prueba que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial. Se trata de criterios sostenidos por la doctrina jurídica argentina durante muchos años.*

*10) En un trabajo que recoge un amplio espectro de aportes doctrinarios, señala Leiva que el daño informático se puede definir como toda lesión o*

*menoscabo causado a un derecho subjetivo o interés legítimo mediante la utilización de medios electrónicos destinados al tratamiento automático de la información, y por responder estructuralmente a todas las características propias del daño genéricamente considerado, lo cual posee la trascendente virtualidad de sujetar la figura en cuestión a la totalidad de los principios comunes y generales del régimen de responsabilidad civil. (Calderón, Maximiliano Rafael. Hiruela, María del Pilar, “La prevención y reparación del daño informático”, en “Derecho de Daños. Economía. Mercado. Derechos Personalísimos”, op. cit., pág. 375 y sgtes.)*

*La utilización de medios automáticos o electrónicos es el instrumento idóneo para la producción del daño informático. La expresión “medios electrónicos” pretende superar en amplitud y comprensividad a las variadas construcciones doctrinarias que referencian a computadoras, ordenadores, etc., por cuanto aparece suficientemente extensa como para receptar la evolución vertiginosa de la tecnología y la técnica, que, en breves espacios temporales, podría dejar tales expresiones obsoletas.*

*El tratamiento informatizado de datos es propiamente el objeto de la informática, determinando el contenido de las operaciones efectuadas en utilización de sistemas de computación; es la sustancialidad de este aspecto que resulta definitiva de la informaticidad del daño, particularizándolo en relación a otros usos alternativos posibles mediante los mismos medios electrónicos.*

*En la responsabilidad extracontractual, la conducta ilícita es desempeñada de modo autónomo por uno de los sujetos y el problema reside en si es posible o no imputar a los otros que tienen algún vínculo con el autor. Entre los sujetos no hay una relación de dependencia que permita afirmar la existencia de una garantía por el hecho ajeno, lo cual requiere esfuerzos mayores y más complejos en orden a los fundamentos. También en este ámbito de responsabilidad la cuestión gira alrededor de la imputación basada en el control y la apariencia.*

*Afirma este autor que “sin discutir que la informática puede constituir en sí misma una actividad riesgosa,*

adherimos al criterio doctrinario que, en el derecho vigente, excluye del ámbito de aplicación del art. 1.113 del Código Civil los daños producidos por este tipo de actividades, atendiendo, fundamentalmente, a que este dispositivo legal no menciona más que al riesgo o vicio “de la cosa” y no de la actividad”.

Concluye afirmando que “Por lo tanto, si es de aplicación a la energía informática el régimen de las cosas del art. 2.311 del Código Civil, corresponde también aplicarle el art. 1.113 2º párrafo 2º ap. del Código Civil, que establece la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicios de las cosas, con las consecuencias que dicho régimen trae aparejado en materia de factor de atribución y eximentes de responsabilidad” (Leiva, Claudio Fabricio, “Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)” <http://www.aaba.org.ar/bi22n004.htm>)

10) Desde otro ángulo, tal como señala Andorno, también la conducta que analizamos, en cuando violatoria del art. 1071 bis del Código Civil, puede ser aprehendida dentro del marco de la responsabilidad objetiva, tal como se sostuvo hace ya tres décadas en las en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983).

Participaron de esta opinión, entre otros, los ponentes Hernán Racciatti y Carlos J. Corbella, por cuanto las consecuencias surgirán cuando aparezca arbitrariedad en la interferencia al derecho a la intimidad, produciéndose una hipótesis particular de ejercicio abusivo de un derecho, por lo que no sería necesaria la presencia del dolo o de la culpa en el agente.

Del mismo modo, Ramella afirmó en su ponencia que si la preceptiva del art. 1071 bis del Cód. Civil, “no constituye más que la consagración de la responsabilidad por un hecho propio culpable, esa disposición particular, introducida por vía de reforma en el sistema del Código Civil, no tendría ninguna razón de ser, pues la tutela del derecho a la intimidad, como la de cualquier derecho subjetivo, frente a agresiones de esa naturaleza ya existían en el Código Civil, por el imperio de las normas genéricas de los arts. 1075, 1109 y concordantes” (ver Andorno, Luis, “La informática y el derecho a la

intimidad”, L.L. 1985-A, 1100, Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales Tomo VI, 3).

11) Analizando en particular la responsabilidad penal, señala Cueto que:

a) Los buscadores de Internet son también páginas de Internet, tan páginas web como las que presentan como resultado de sus búsquedas. Para entrar a ambos buscadores se debe escribir la respectiva URL: “www.google.com.ar” y “www.yahoo.com.ar”.

b) Por dicho motivo, Google y Yahoo son responsables por los contenidos que difunden a través de sus páginas. Es decir, por los resultados que brindan a quienes utilizan sus servicios, por cuanto tal como sucede con cualquier página web, sus propietarios son responsables de su contenido.

b) Los propietarios de los buscadores son quienes determinan el algoritmo que emplean sus “web crawler” o “web spiders”, los cuales -en cumplimiento de dichas directivas- recorren periódicamente todas las páginas existentes en Internet en forma automática y sistemática, copiando e indexando (clasificando) los resultados obtenidos en sus bases de datos. Por ser los constructores de los algoritmos que se utilizan para las búsquedas, cuentan con procedimientos y la capacidad de programación para evitar que en las búsquedas se vinculen determinadas palabras con otras, mediante la creación de filtros. Tanto a través de las opciones que ofrecen al usuario -en donde la no vinculación quedará exclusivamente sujeta a su voluntad- como a través de la programación de sus motores de búsqueda.

c) El algoritmo definido por los dueños de los buscadores es su sello distintivo. La calidad de su diseño diferencia la respuesta que brindan al usuario. Y a mayor utilización de los usuarios de un buscador en particular, mayor será su valor de venta.

d) Cuando un usuario solicita información el buscador no recorre todas las páginas de Internet sino que efectúa la exploración en su base de datos y proporciona los resultados obtenidos. La información que brindan los buscadores es la que “encuentran” en sus bases de datos.



e) Ello posibilita que potencialmente puedan ofrecer como resultado páginas de Internet que ya no existen, toda vez que almacenaron su versión “caché” y no se produjo la actualización de su base. Dicha versión es “una foto o instantánea” del contenido de la página al momento que el “web crawler” la visitó por última vez. A su vez resulta una “copia de seguridad”: en caso que el servidor de origen no esté trabajando se podrá acceder a la última versión de la página en cuestión visitada por el buscador

h) Lo expuesto en el punto anterior deriva en una mayor responsabilidad de los propietarios de los buscadores, ya que la difusión de su contenido es exponencialmente mayor que la del propietario de una página web común, no diseñada como buscador.

i) Hemos establecido que a mayor repercusión pública y mayor alcance de facilitación o difusión de información, mayor responsabilidad. En consecuencia, mayor será la obligación vinculada con el cuidado en la información que se facilita y difunde. Así como la de tomar todo tipo de recaudo para no cometer el delito en cuestión (Cueto, Mauricio, “Responsabilidad de los buscadores de Internet: ¿Habilitación judicial para la comisión de delitos?” L. L. 2010-E, 413).

XVII.- En las profusas transcripciones de las opiniones doctrinarias que adhieren a una u otra posición, he efectuado ya algunas observaciones relativas a las coincidencias o discrepancias con unos u otros argumentos, que es necesario ahora ampliar y completar. Sin embargo, me permitiré realizar previamente algunas consideraciones de índole general.

A) Señala Alterini con su particular agudeza que vivimos la denominada sociedad del riesgo, en la cual las nuevas tecnologías enfrentan casi permanentemente a los jueces con los casos especiales e inusuales a los que se denomina casos difíciles, cuya resolución depende de los criterios con los que operan el sistema jurídico y que son piedra de toque para apreciar nítidamente la aptitud y la calidad de los jueces. Para bien o para mal (Alterini, Atilio Aníbal, “Respuestas ante las nuevas

tecnologías: Sistema, principios y jueces”, L. L. 2007-F, 1338).

No caben dudas que este caso plantea para los operadores judiciales, y en particular para quienes no somos nativos digitales, el desafío de comprender todo un mundo al que dificultosamente accedemos lentamente, con su terminología propia, y sin regulación legal específica, en el que no podemos dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 15 del Código Civil), recurriendo a la pauta general establecida en el art. 16 del mismo ordenamiento.

Existe una particularidad más que dificulta aún más la tarea, y es la proyección que indudablemente tendrá la solución a la que se arrije, por cuanto tanto en el expediente mismo como en lo transmitido por las partes en las audiencias a las que convocara el Tribunal, quedó claro que –al menos para las accionadas– lo que estaba en juego no era la particular situación de la aquí actora, sino un universo de juicios similares ya planteados en nuestro país, y la relevancia el precedente incluso fuera de nuestro ámbito territorial.

Dicho en otros términos, un planteo a nivel tan globalizado como el universo en el que desarrollan sus actividades. Por momentos ha acudido a mi mente la expresión “daño colateral”, frente a la indiferencia de las empresas –particularmente de Google– en relación con el daño injustamente sufrido por personas en situación de absoluta vulnerabilidad frente a los injustos ataques a su dignidad personal en su más amplia acepción.

B) En palabras de Zavala de González, el interés y el avance en materia de derecho de daños están ligados justamente a la naturaleza frágil y vulnerable del ser humano, dentro de un contexto de intensificación de los riesgos hasta límites antes inimaginables. Esclarecer la injusticia del daño requiere identificar los intereses merecedores de tutela, cuyo menoscabo real o inminente genera la reacción jurídica en que consiste la responsabilidad: y, en el caso de conflicto entre intereses respetables, cuál es el prevaleciente. En esta rama del derecho, el problema valorativo es esencial porque el daño menoscaba la vida, mientras que su prevención y

*reparación favorecen la vida.*

*Efectivamente, en la balanza de la justicia, la responsabilidad resarcitoria coloca un bien (la reparación, dineraria o en especie) al lado de un mal (el perjuicio injusto). Se procura así una conversión axiológica, que en el daño patrimonial es por equivalente, y en el daño moral por satisfacción o compensación (siempre imperfecta, por la asimetría entre un perjuicio espiritual y la moneda con que se indemniza).*

*La dignidad de la persona (su superioridad dentro del mundo, como fin en sí y depositaria de excelencia espiritual y social) debe primar sobre la utilidad, así pretenda ser pública.*

*Así pues, ante un mal injusto, contra un interés respetable, y no causado por la propia víctima, rige el postulado deontológico de encontrar un responsable. Tiene que hacerse cargo la persona comprometida con la producción de ese perjuicio, si pesa en su contra un factor de atribución (culpabilidad, riesgo creado, garantía, equidad...). El factor de atribución es una razón que justifica la responsabilidad, su explicación axiológica: la muestra como “justa” y, por tanto, constituye la contrapartida del daño “injusto”.*

*El personalismo se encuentra impregnado de humanitarismo, conducente a sensibilidad hacia las víctimas. La sensibilidad no es compasión, ni caridad, sino reconocimiento de sus desgracias inmerecidas y reacción contra la injusticia que significan; esta actitud vivencia como daños injustos los que antes se consideraban consecuencias inevitables (aunque indeseables) del progreso humano.*

*Dentro de una visión jurídica integral no son suficientes las normas y los valores; a la luz de ellos deben examinarse también los hechos. Es imposible formular una jerarquización abstracta y “a priori” entre los derechos y los intereses; una actitud radical lleva a la supresión de uno u otro término de la relación. Todos deben protegerse, si se ejercen funcionalmente, y sólo puede admitirse el sacrificio excepcional de alguno cuando es indispensable y si, por las características del conflicto, median razones de peso para reputar a otro como prevaleciente en*

*el caso (Zavala de González, Matilde, “El derecho de daños. Los valores comprometidos”, L. L. 1996-E, 1190).*

*C) Con la teoría del riesgo, que sin duda ocupa un lugar destacado dentro del proceso de socialización de la ciencia jurídica, se va a plantear la primacía del bien común de la colectividad por encima de los meros intereses individuales, en miras de procurar una adecuada protección al público en general, atribuyendo el riesgo de la actividad económica privada a quien o quienes recibían provecho de ella: “ubi emolumentum, ibi onus” (donde están los beneficios, también deben recaer las cargas), que es en definitiva lo mismo que lo postulado por la otra regla clásica que reza: “quien goza del commodum (ventajas), debe soportar el periculum (peligros o desventajas correlativos)” (Trigo Represas, Félix A., “La responsabilidad extracontractual objetiva en el Código Civil de Vélez Sarsfield”, Academia Nacional de Derecho 1999, 392).*

*XVIII.- A los aspectos ya mencionados en cuanto a la defensa ardorosamente esgrimida por las accionadas en orden a la licitud de la actividad que desarrollan, cabe agregar algunas consideraciones citando la opinión sólo de algunos de los prestigiosos autores que hace años ya han esclarecido este aspecto de la cuestión.*

*A) El contenido ilícito surge de la contrariedad de la conducta obrada por el sujeto respecto de todo el ordenamiento jurídico, sea que se revele en una regla o en principios o en bienes jurídicos protegidos. Esta conclusión es más certera aún si se tiene en cuenta que estamos en el campo de los actos ilícitos atípicos, ya que no hay una definición apriorística del ilícito en el campo digital. Por ello, no cabe distinguir entre contenidos ilícitos y nocivos, ni entre antijuridicidad formal o material. Es antijurídico cuando lesiona derechos de igual rango, como la privacidad de las personas (Lorenzetti, Ricardo L., “La responsabilidad por daños en Internet”, en “Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres, dirigido por el Dr. Oscar J. Ameal, Hammurabi, Bs. As., 2001, pags. 1711).*

*B) En palabras del maestro Borda, “lo esencial en el hecho ilícito es la transgresión a la ley. A veces*

esa transgresión consiste en la violación de un texto expreso, específicamente referido al acto u omisión de que se trata. Otras, es una violación del deber general de obrar con prudencia, impuesto por el art. 902 (Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones” 9º ed., actualizada por Alejandro Borda, Tomo II, ed. La Ley, Bs. As., 2008).

C) Por su parte, sostiene Vázquez Ferreyra que en la actualidad se puede hablar de ilicitud en sentido objetivo, sin culpa e incluso sin daño, desprendida de toda dosis de subjetividad o valoración de la conducta del agente, pues los presupuestos del deber de reparar se han independizado unos de otros.

Comentando la monografía de Atilio Aníbal Alterini titulada “El incumplimiento considerado en sí propio” publicada en el año 1963, antes incluso de la reforma de la ley 17.711, señala que ya entonces insinuaba una separación entre la ilicitud considerada en sí misma y la culpabilidad: “el mero examen de un acto nos muestra si enmarca o no en las pautas del ordenamiento jurídico. En sentido lato, si ese enmarque no se produce, el acto es considerado disconforme con el derecho.” En el concepto lato de disconformidad se da la ilicitud objetiva, esto es, la conducta antinormativa, la conducta contraria a la que el ordenamiento jurídico considera permitida o debida... toda ilicitud tiene un *substractum material*, objetivo. Es la que hemos denominado en sentido lato transgresión normativa, o disconformidad, cual desajuste de la conducta con las pautas del sistema jurídico... el campo de la transgresión normativa es mayor que el de lo ilícito pues no todo lo lícito es honesto. Lo ilícito excede lo expresamente prohibido, debiendo llegarse a su concepto mediante un análisis *in totum* del sistema normativo”.

Recuerda asimismo la opinión de Alberto J. Bueres (“El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en *Derecho de Daños Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca 1989, p. 163), quien sostiene que el epicentro del contenido de la antijuridicidad es fundamentalmente el daño, aunque destaca que no hay daño antijurídico (ilícito) sino conducta antijurídica. El daño sólo podrá ser injusto. Pero

es la injusticia del daño la que confiere colorido a la antijuridicidad. “En la responsabilidad, el daño naturalística y jurídicamente hablando, es el único resultado... la acción hasta puede ser lícita e irrogar perjuicios injustos”.

De esta manera, el cómputo de la ilicitud de la acción se hace en el instante en que ésta deviene dañosa, donde no es el daño en sí mismo antijurídico sino que lo es la conducta dañosa. Así, para Bueres, la responsabilidad, en su modalidad corriente, se verifica en el acto ilícito -*stricto sensu*- en donde hay antijuridicidad en la conducta e injusticia en el daño. En otra modalidad, puede haber licitud en la conducta y el daño ser injusto. En este caso la responsabilidad será por acto lícito. En definitiva, se reparan daños causados injustamente (antijurídicamente) y también los daños que son injustos per se, sin reconocer una causación injusta (antijurídica).

En virtud de ello, Vázquez Ferreyra afirma que es el *factum* dañoso integrado por la conducta y el daño el que merecerá o no la calificación de antijurídico. “Tal calificación devendrá en ocasiones porque la conducta es contraria a derecho y, por ende, el resultado también. En otras oportunidades, y pese a que la conducta en sí misma es ajustada a derecho, la situación resultante no lo es. Esto último se asemeja a lo que Bueres califica como daño injusto proveniente de conducta lícita”.

Pero en definitiva el análisis se concentra en ese *factum* compuesto, y muchas veces puede haber una situación antijurídica sin que la conducta previa pueda ser calificada aisladamente de ilícita. Un simple ejemplo “es el daño proveniente de una actividad riesgosa pero permitida” (Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Apuntes sobre la antijuridicidad”, RCyS - Número especial en homenaje a su Director Atilio A. Alterini 2009 (abril), 405).

D) A mayor abundamiento, este es el criterio que preside además el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, que en su art. 1717 dispone: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”, recogiendo lo que sin dudas es la opinión doctrinaria prevaleciente.



## XIX.- Factor de atribución

A) Para que se configure la responsabilidad civil, no basta con la presencia de una conducta antijurídica en relación causal con el daño causado, debe existir, además un factor de atribución, subjetivo (dolo o culpa) u objetivo (riesgo creado, garantía, equidad, a los que algunos autores agregan el riesgo de empresa, la actividad económica en sí misma, el abuso del derecho, las relaciones de vecindad y la solidaridad social).

Los factores objetivos de atribución se caracterizan por fundar la responsabilidad civil sobre parámetros objetivos, con total abstracción de la idea de culpabilidad, de allí que la responsabilidad objetiva sea mucho más que una mera responsabilidad sin culpa: tiene un elemento positivo, axiológico, que la justifica y determina su procedencia.

La doctrina del riesgo creado aparece nítidamente consagrada en el art. 1113 del Código Civil: quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo para terceros debe responder objetivamente, se beneficie o no con el mismo, pues la responsabilidad objetiva deriva de la creación el riesgo y no del posible beneficio que de él se obtenga. Caen bajo esta órbita los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, los derivados de actividades riesgosas y otros específicamente establecidos (ley 24.052, art. 58 del Código de Minería, art. 155 ley 17.285, etc.).

B) Señala Pizarro, en su aporte al comentario del art. 1113 del Código Civil (Código Civil y normas complementarias – Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Tomo III-A, Ed. Hammurabi, ed. 2005, págs. 496 y sigtes.) y más ampliamente en “Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa – Contractual y Extracontractual”, (Parte General, Tomo I, La Ley, Bs. As., 2007, pags. 76 y 157/166, y sus citas) las distintas posturas en orden a la coexistencia de factores de atribución subjetivos y objetivos (pags. 500/501), aspecto que ha sido incluso materia de debate en el seno de la actual Comisión reformadora del Código Civil y Comercial, tal como se expresa en los propios Fundamentos del Proyecto: “En el sistema que presentamos, no hay riesgo alguno de desprotección de las víctimas,

ni posibilidad de que no se apliquen los factores objetivos. Una de las discusiones en este tema giró alrededor del posible impacto que esta norma de cierre del sistema podría tener sobre la aplicación analógica de un factor objetivo de atribución. Si hay un supuesto en que hay una cosa riesgosa o una actividad riesgosa, nada impide la aplicación de la analogía, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma. En cambio, cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa. En este sentido, es conveniente proyectar una norma que consagre la culpa como factor de atribución residual”.

C) Esto, en cuanto a la coexistencia en la regulación legal. Es falso que la libertad de acción se resienta en lo más mínimo por el hecho de que se impongan, con mayor o menor amplitud, según los casos, responsabilidades objetivas (o subjetivas con inversión de carga probatoria y criterios afinados en materia de eximentes que en los hechos conducen casi a las mismas soluciones).

La libertad, en general, y la denominada libertad de acción, en particular, no suponen necesariamente indemnidad, ni menos aún la impunidad de quien daña a otro. La libertad no deja de ser tal, ni se resiente en lo más mínimo –al menos si es entendida con el sentido que lo hace la Constitución Nacional (y no como mero libertinaje)-cuando se impone su ejercicio responsable, lo cual puede conducir, en muchos casos, a asignar parámetros estrictos de responsabilidad civil en aras de proteger a las víctimas.

La asimilación responsabilidad subjetiva con la noción de libertad de acción conduce, lógicamente, a pensar que una responsabilidad asentada en factores objetivos de imputación atenta contra aquella, lo cual es erróneo. Del mismo modo lo es asimilar las ecuaciones responsabilidad objetiva y seguridad de las víctimas, idea que podía hacer pensar, también con evidente desajuste conceptual, que una responsabilidad subjetiva iría en desmedro de este valor, lo que también es falso.

La libertad de acción no se resquebraja en lo más mínimo cuando el factor de imputación es subjetivo

u objetivo. Lo mismo vale para la seguridad. “Las diferencias que supone acoger un criterio u otro de imputación tiene, hablando sin eufemismos, un sentido mucho más profundo, y ese no es otro que determinar quién debe, en última instancia, asumir los costos y riesgos económicos de una actividad determinada. Si quien realiza la misma útilmente, satisfaciendo sus intereses económicos o de otra índole, o aquel que resulta dañado” (Pizarro, “Responsabilidad Civil por Riesgo...” cit., págs. 127/129).

XX.- En nuestro caso – a mi criterio - ambas accionadas deben responder por responsabilidad objetiva.

A propósito de las apocalípticas predicciones de las demandadas –y de los doctrinarios que avalan su postura- en cuanto a la profunda incidencia que una decisión desfavorable tendría en las posibilidades de subsistencia de su negocio, más allá que es evidente que la implementación de controles hasta ahora inexistentes indudablemente habrá de tener un costo, lo cierto es que a los fines de valorar tal impacto no han aportado prueba alguna.

¿En base a qué parámetro objetivo –al menos estimativo- podría efectuarse el análisis, si quienes claman por tal hipotética afectación ni siquiera han intentado aportar alguna prueba al respecto? La cuestión no fue propuesta como punto pericial ni en la experticia contable ni en la informática, y ningún otro elemento se incorporó al proceso.

A) Cuanto más se insiste en describir como una suerte de “robot ingobernable” al mecanismo en que se basa la actividad de las accionadas, aduciendo que opera en forma automática, sin intervención humana, más parecen estar reconociendo que el elemento que preside el servicio que brindan es una cosa altamente riesgosa. Es de su propia descripción que resultaría tal conclusión.

Hay daño causado por el riesgo de la cosa -que es la terminología legal- cuando el perjuicio es el efecto de la acción causal de una cosa, sin que medie autoría humana, es decir, cuando se comprueba una relación de causalidad material entre cierta cosa y un daño. Porque dándose ese tipo de relación causal

excluyente de toda autoría humana, no es posible desconocer la presencia de un riesgo de dañosidad que estaba implícito en la cosa dañosa, el cual se conjugó con el riesgo de vulnerabilidad inherente a todo sujeto por el mero hecho de existir, que padeció el damnificado (Llambías, Jorge Joaquín, “Responsabilidad objetiva: daños mediatos y daño moral”, L. L. 1980-D, 76; Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 923).

En realidad, “... en el hecho de la cosa, la participación humana se encuentra oculta o desdibujada” de modo que la cosa “parece” dañar por sí misma, convertida en una “bestia mecánica”, según la describe una expresiva metáfora”. Cuando la cosa ha sido instrumento obediente de un acto humano mediato, no contemporáneo con el daño, pero con aptitud bastante para ocasionarlo, que algunos califican como hecho del hombre con la cosa, existe eventualmente un hecho de la cosa. La responsabilidad derivada de las cosas debe ser extendida a todo caso en que éstas intervienen con una autonomía aparente, la cual puede existir cuando falta simultaneidad entre la conducta del hombre y el daño (Zavala de González, Matilde, “Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa”, L. L. 1983-D, 113).

B) Esto es lo que ocurre en el caso, por cuanto reiteradamente se ha vuelto una y otra vez a interrogar al perito sobre un aspecto que resulta de toda evidencia, y al que ha respondido con toda claridad: aun cuando los buscadores efectúan las búsquedas mediante el uso de programas informáticos desarrollados con este fin específico, y los resultados obtenidos como respuesta a las búsquedas son seleccionados y expuestos por el proveedor del servicio, “todo el código utilizado para realizar estas tareas es diseñado y desarrollado por seres humanos” (fs. 859).

Nuevamente explicita el experto que “las computadoras son programadas para cumplir tareas en forma extremadamente veloz y automática por seres humanos (programadores), quienes en base a criterios definidos también por seres humanos (usuarios claves de negocio) logran que se comporten de la manera más conveniente para

obtener los objetivos de las empresas (en el caso buscador). Justamente la forma de razonamiento, el discernimiento, el criterio y la inteligencia le son incorporados de la manera descrita por seres humanos”.

“Entre otras formas, para la incorporación de esos criterios los buscadores utilizan Crawlers también llamados Robots, Spiders, Arañas o Indexadores desarrollados por analistas y programadores humanos que a partir de ciertas técnicas de programación (algoritmos), rastrean en forma periódica la red para la obtención de páginas a incluir en sus bases de datos, así como información para publicar ante cada requisitoria de un usuario” (fs. 1225).

De modo pues que se trata de programas informáticos, diseñados a tal fin por seres humanos, cuyos resultados son seleccionados y ordenados en forma automática, pero de acuerdo a criterios definidos por los seres humanos que los diseñaron.

Según su propia descripción, el proceso de búsqueda se realiza por intermedio de un software altamente complejo que trabaja en función de algoritmos vinculándolos con la combinación de las palabras clave ingresadas por el usuario, y este es el elemento o la cosa que nos ubica sin dudas en la órbita del art. 1113, segundo párrafo, última parte del Código Civil.

C) Tal como también se consignó, las accionadas son titulares de sus propias páginas web o “sitios” y por ende responsables de los contenidos que ellos introducen o reproducen, sean por medios automatizados o no. Tampoco se limitan a una breve reseña textual de lo detectado por los motores de búsqueda en su rastreo, incluyen la memoria caché (captura de pantalla de la página tal como se mostraba en el momento en que fue indexada por los spiders o Crawlers), que aun cuando sea copia “o conjunto de datos duplicados de otros que son los originales”, adquiere existencia propia. Dicho en otros términos, la reproducción de tales contenidos en su propio sitio hace propios tales datos, de manera que los próximos accesos se harán a este back up para evitar ingresar al sitio del tercero que publica.

Tal como señala Vaninetti, coincidentemente con lo dictaminado por el perito en estas actuaciones, y lo que puede advertirse con sólo ingresar a la versión caché en cualquier buscador, como la actualización se realiza cada vez que el buscador indexa la información recolectada en la Red, en algún intervalo de tiempo puede haber diferencias entre la página del tercero que publica y la copia almacenada ‘en caché’. Hasta tanto no se indexe, la copia que presenta el buscador ante una requisitoria puede ser anterior a la actual y hasta puede darse el caso de mostrar una página cuyo sitio original este ‘caído’ o ha desaparecido” (Vaninetti, Hugo Alfredo, “Buscadores en Internet. Tres recientes sentencias que delimitan el alcance de su responsabilidad civil y las dificultades para hacer efectivas medidas judiciales de bloqueo a páginas web. Lo que establece la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de la ONU al respecto. Necesidad de una regulación legal” E. D. 245-775).

Pero ello no es todo, ya que en tales sitios las demandadas incorporan, además, sugerencias de búsqueda. Con sólo observar la copia impresa de su página aportada por la propia accionada Google a fs. 2016, se advierte que en la parte superior y en el extremo inferior izquierdo constan “búsquedas relacionadas”, que sugiere, por ejemplo, ingresar en “paola krum fotos prohibidas”.

A fin de evitar mayores reiteraciones, me remito a las consideraciones formuladas por los autores que explican con toda claridad por qué son técnicamente cosas aquellas de las que se sirven las empresas para prestar su servicio. Tales sitios propios también quedan incluidos en este concepto ([www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) y [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar)).

De todos modos, y tal como se desarrollará ampliamente infra, también cabe sostener que se trata de una actividad riesgosa, pero a fin de consolidar sin margen de dudas la procedencia de esta última interpretación, y teniendo en consideración que aún hoy algunos autores afirman que para la configuración de responsabilidad en este supuesto es necesaria la utilización de cosas, resulta conveniente dejar aclarada esta cuestión.

D) Recientemente, en una sentencia sobre idéntica



materia, (Juzg. Civil Nº 98, 22/3/2012, autos “C., E. c/ Yahoo! de Argentina”) ha recordado el Dr. Primero Narváez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación La CSJN ha calificado la actividad de las demandadas “Yahoo” y “Google” como facilitadoras de la búsqueda. En rigor, la Corte adhirió al dictamen de la Procuradora Fiscal en relación con una cuestión de competencia, quien se refirió a “comercialización, publicación y difusión de la imagen física y el nombre de la actora relacionada con la pornografía en un medio como lo es internet en el que las demandadas “Yahoo” y “Google” actúan como facilitadoras de su búsqueda” ( C.S.J.N., 03/02/2009, “Solaro Maxwell, María Soledad c/Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/daños y perjuicios”, Fallos : 332:47).

En rigor –más allá de que no podría asegurar que quepa interpretar tal afirmación como doctrina de la Corte- en realidad no está discutida en autos la función de “facilitadoras de búsqueda” que realizan las demandadas que es, por otra parte, el principal servicio que prestan. Pero no son sólo “facilitadoras”, sino también potenciadoras el daño, tal como lo explicitan los diversos autores ya citados, y tampoco se limitan exclusivamente a informar enlaces a otros sitios en los que pueda existir información concerniente a la búsqueda intentada por el usuario.

Es por ello que corresponde analizar si su situación encuadra en la “actividad riesgosa”.

E) Pizarro señalaba hace ya muchos años que cualquier actividad puede, según las circunstancias de persona, tiempo y lugar, convertirse en riesgosa para terceros. De ser ello inexorablemente emplazado dentro del ámbito de la responsabilidad objetiva por actividades riesgosas, se operará, en los hechos, una minimización total de la culpa como factor de atribución.

Coincidía con Zavala de González considera que el entendimiento del riesgo circunstancial “no puede partir de la simplista concepción de que toda actividad dañosa sea riesgosa”. Desde un punto de vista lógico y valorativo “... la noción de riesgo no puede ser un ‘posterius’ sino un ‘prius’, aunque se indique retrospectivamente luego de producido el

daño”.

El carácter riesgoso de la actividad deviene de circunstancias extrínsecas, de persona, tiempo y lugar, que la tornan peligrosa para terceros. La ponderación de esas circunstancias y su incidencia en la riesgosisdad de la actividad, debe realizarse en abstracto, con total prescindencia del juicio de reprochabilidad subjetiva que podría merecer la conducta del sindicato como responsable del caso concreto. La cuestión pasa por el ‘grado de previsibilidad’ de la producción del daño, a partir de la consideración de la naturaleza o circunstancias de la actividad. Si sobre la base de tales aspectos concurría una clara probabilidad (aunque abstracta o genérica) de eventuales perjuicios, funcionará el factor de atribución objetivo si el daño ocurre”. Las circunstancias que son determinantes para la calificación de riesgosa de la actividad desarrollada deben vincularse principalmente, aunque de manera no necesaria, con los medios o elementos empleados para el desenvolvimiento de la actividad y que pueden y deben ser gobernados por su titular (Pizarro, Ramón Daniel, “La responsabilidad civil por actividades riesgosas”, L. L., 1989-C, 943, y Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa – Contractual y Extracontractual, Parte especial, Tomo II, pag.160 y sgtes., con cita de Matilde Zavala de González, “La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil”, J. A. 1988-I, 901; “Responsabilidad por riesgo. El nuevo art. 113, 44, pag. 200; “Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños”, T. 4, Nº 132, p. 600).

F) Reiterando estas afirmaciones, agrega Pizarro que, desde un plano estrictamente doctrinario, cierto sector ha limitado el concepto a la actividad riesgosa por su propia naturaleza o por la naturaleza peligrosa de los medios empleados, descartando el llamado “riesgo circunstancial” (Pizarro, comentario al art. 1113, “Código Civil... Bueres-Highton, cit., pags. 556/557).

Zavala de González, por su parte, afirmó que constituye un acierto expresivo aludir a “actividades”, en lugar de “actos” o “hechos”, porque “actividad” trasunta una idea de complejidad, conjunto, de

proceso, antes que de fenómeno aislado y singular es “el conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad”.

Es que el riesgo que sirve de fundamento a la responsabilidad, escasa vez logra referirse a una acción humana y sí, en cambio, de ordinario, a una combinación y ensamble de elementos humanos, mecánicos o inmateriales (como en la actividad informática). Por otra parte, de tal manera se apunta no tanto o no siempre al ejecutor material y directo del perjuicio, sino sobre todo al titular de la actividad de la que el daño puede resultar; titular que será normalmente el organizador, explotador o empresario, etcétera, aunque la actividad se desenvuelva materialmente a través de otros.

En efecto, en el ámbito que se examina, lo decisivo no es la autoría del daño, sino la autoría del riesgo, por lo cual la génesis de la imputación no reside en el hecho lesivo último, sino en la primaria esfera de peligro. El concepto de “actividad” aparece en consecuencia muy ligado al de “empresa” como “la entidad organizada por el capital y el trabajo, como factores de la producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios lucrativos y con la consiguiente responsabilidad”, como la faceta dinámica de ésta (Zavala de González, Matilde “Personas, casos y cosas en el derecho de daños”, p. 57, Ed. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1991).

La Dra. Zavala de González en la obra citada refiere que los daños derivados de la actividad informática pueden recaer en la esfera contractual o en la extracontractual, dándose esta última circunstancia cuando los perjudicados son terceros ajenos a la relación que vincula al proveedor con el usuario específico de un sistema de computación. Luego agrega, en consonancia con lo antes dicho sobre la existencia de “actividades riesgosas”, que la actividad informática es riesgosa y que, en consecuencia, le resulta aplicable la responsabilidad objetiva instituida por el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte del Código Civil, referida al riesgo de la cosa, mencionando que su postura es concordante con las opiniones de Mosset Iturraspe y López Cabana (“Personas...” cit, p. 229).

G) Las Jornadas Marplatenses sobre Responsabilidad Civil y Seguros (1989) abordaron a través de la Comisión I, presidida por los doctores Félix A Trigo Represas y Alberto J. Bueres, actuando como secretario Ramón D. Pizarro, el tema de la “Vigencia actual de los criterios del Código Civil en materia de responsabilidad”. Las numerosas ponencias presentadas como también los debates producidos en el seno de la Comisión, pusieron de relieve la existencia de divergencia radical centrada sobre la vigencia de la culpa como principio general de la responsabilidad y la proyección de este tópico sobre las de sus relaciones con la teoría del riesgo.

En la conclusión 35 (de lege lata) de la Comisión 1, el despacho mayoritario sentó: “La culpa y los factores objetivos de atribución se encuentran en el mismo plano de jerarquías” (Bueres, Pizarro, Ghersi, Alterini, Parellada, Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe, Goldemberg, De Rosa, Gesualdi, Banchio, Giménez, Bravo, Sandoval, Junjet de Sandoval, Bazán Martínez, Flah, Smayenski, Laplacette, G. Stiglitz, Messina de Estrella Gutiérrez, Marsili y Lorenzetti).

Asimismo la mayoría sostuvo, también de lege lata, que podía admitirse que el art. 1113 del Código Civil, párrafo segundo, segundo supuesto, contempla la responsabilidad civil por actividades riesgosas, con cosas o sin ellas, en una interpretación amplia que procura redimensionar la doctrina del riesgo en el derecho privado, interpretando el art. 1113 en su verdadera esencia. La esencia de la responsabilidad civil que consagra dicha norma está en el riesgo creado más que en el hecho de provenir éste de una cosa. De allí que sus principios sean aplicables por extensión a otros supuestos de riesgo creado y a otros posibles sujetos pasivos distintos del dueño y del guardián, como “quien genera, controla, potencia o fiscaliza la actividad riesgosa” (Pizarro, “Responsabilidad Civil...” T. II, pag. 164/166).

Resulta evidente que esta interpretación abarca no sólo a la actividad propia de las demandadas y a las cosas de las que se sirve, de las que son propietarias y/o guardianas, sino también quedan incluidas en los que Pizarro llama “los otros posibles sujetos pasivos” en relación a las sitios de terceros que

son el ámbito donde se genera el daño primigenio, luego multiplicado, potenciado, y concretado en una magnitud casi inimaginable, aun cuando no sean los titulares de tales sitios. En la medida en que – como ya señalara- en las condiciones de servicio reivindicar para sí una amplia gama de facultades de fiscalización, también en este aspecto resultarían legitimados pasivamente.

H) La actividad riesgosa puede presenciar una proyección espacial y temporal lo suficientemente amplia como para posibilitar la imputación a más de un posible obligado a resarcir, en forma concurrente. Todo aquel que interviene en la realización de la actividad riesgosa, “sea o no su último ejecutor, o más aún, aunque éste sea desconocido, debe responder frente a la víctima; obtenga o no un beneficio con dicha actividad, pues el fundamento de la obligación de resarcir radica en la creación del riesgo, y no en una contrapartida por el beneficio experimentado”. (Pizarro, “Responsabilidad Civil...” cit., pags. 169/170), con cita concordante de Zavala de González, quien señala que “quedan comprometidas todas las personas que, por haber generado la actividad, introducen en el medio social el riesgo que es anexo a ella y tienen, por tanto, un deber de fiscalización, supervisión y control, a fin de evitar que ese peligro se actualice en daño; sean o no ejecutores últimos de la actividad y obtengan o no un provecho en su desenvolvimiento” (“Responsabilidad por riesgo...”, cit., Nº 76, p. 225).

Puede suceder que la legitimación pasiva sea plural, operando de modo simultáneo o compartido o de manera cronológicamente sucesiva, respondiendo – como regla- en forma concurrente, salvo que una disposición legal específica establezca la solidaridad, como en el caso del art. 40 de la ley 24.240.

Finalmente, esta conclusión es coherente con lo sostenido por la Dra. Zavala en materia de causalidad: es sabido que el hecho de un tercero libera de responsabilidad; pero esto es sólo un principio general, no absoluto. Cuando el hecho de terceros “constituye un componente del riesgo natural de la actividad, parece inexplicable que se libere a los responsables por este riesgo” (Zavala

de González, Matilde, “El derecho de daños. Los valores comprometidos”, L. L. 1996-E, 1190).

La claridad de las consideraciones efectuadas por estos autores me exime de mayores comentarios.

XXI.- Tal como ya lo anticipara, surge patente, asimismo, que -en particular Google- ha incurrido también en una conducta que la encuadra nítidamente en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, aún si nos enroláramos en la posición más estricta, que considera necesario que el conocimiento efectivo se configure con una orden judicial.

Basta para ello el extenso relato realizado acerca de las alternativas acaecidas en el expediente conexo sobre medidas cautelares (Expte. Nº 60.115/2006: “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ medidas precautorias”) en el Considerando VI a) de la presente.

Es verdad de luego de diversas alternativas –que incluyeron intimación y aplicación de astreintes a Google, confirmadas por este Tribunal- finalmente Yahoo! optó por “autobloquearse y no informar URL alguno ante búsquedas que incluyeran el nombre de la actora”, colocando la leyenda siguiente: “Con motivo de una orden judicial solicitada por partes privadas, nos hemos visto obligados a suprimir temporalmente todos o algunos de los resultados relacionados con ésta búsqueda”.

Sin embargo, aún hoy con sólo escribir el nombre “Paola Krum” aparecen distintas opciones, entre las que se encuentra, por ejemplo, “paola krumm fotos” y “paola krumn fotos” y en las que aparece la información supuestamente “autocensurada”, situación ésta que fue denunciada por la actora y explicitada por el perito.

Ha quedado pendientes de resolución en dicho expediente algunas cuestiones planteadas con anterioridad al dictado de la sentencia de grado recaída en esta causa, por lo que sólo con el alcance de valorar la conducta asumida, es dable aseverar que ninguna de ambas accionadas cumplió completamente y con inmediatez con las medidas dispuestas.



La detallada transcripción de dicho expediente y de las resoluciones allí dictadas da cuenta de esta circunstancia, por lo que no resulta comprensible –ni congruente– afirmar ahora que existió una razonable diligencia en el cumplimiento de las órdenes judiciales.

No obstante, no sería justo aplicar el mismo criterio de valoración en relación con ambas accionadas, cuya conducta procesal fue sustancialmente diferente.

Aún desde la óptica de la responsabilidad objetiva, tampoco resulta equiparable la responsabilidad de ambas accionadas, por cuanto indudablemente la notoria prevalencia en el mercado de Google ha implicado un daño mayor que el producido por Yahoo!, y tal circunstancia también deberá ser tenida en cuenta al momento de establecer el resarcimiento a favor de la damnificada.

Las búsquedas usando Google se han vuelto tan frecuentes que ya se acuñó un nuevo verbo: el verbo “googlear”, para representar la acción de buscar un determinado contenido en internet pero sólo a través de Google. Es más, el verbo “to google” fue incluido recientemente en los diccionarios Merriam-Webster y Oxford English Dictionary. Ello es demostrativo de cómo este buscador concentra la mayor parte de las búsquedas (no existe un verbo similar, por ejemplo, para Yahoo!) pese a que existen otros buscadores y metabuscadores. (Palazzi, Pablo A., “Google y el derecho a la privacidad sobre las búsquedas realizadas en internet”, S.J.A. 27/6/2007).

“La posición dominante de Google contribuye a generar el efecto Mateo sobre ciertos resultados de la búsqueda de información en desmedro de otros, que implica que las palabras en un texto tienden a repetirse. Aplicado a otros campos, las palabras más buscadas en Internet se identifican por el sistema de autocompletar; por ello, lo más buscado y repetido tiende a ser lo más buscado y así sucesivamente” (Zabale, Ezequiel María, “Neutralidad de la red como garantía de la libertad de expresión”, L.L. Sup. Act. 08/03/2012, pág 1).

XXII.- Imagen

A) Esta Sala ha tenido oportunidad de precisar

en anteriores precedentes que la conjugación de las normas referidas al derecho a la imagen (art. 31 de la ley 11.723 y art. 1071 bis del Código Civil, incorporado por la ley 17.711), nos brindan un cuadro de conductas previstas como violatorias de tal derecho.

Gregorini Clusellas señala que la ley tutela el derecho sobre la propia imagen desde tres posibles formas de agresión:

1) La de su empleo no autorizado como marca comercial (art. 4º, ley 3975), que fue la primera situación contemplada legislativamente en el tiempo y específica para esa forma de utilización comercial.

2) La de su puesta en el comercio o su simple publicación (interpretación a “contrario sensu” del último párrafo del art. 31 ley 11.723), sin el consentimiento expreso, específico y revocable de la persona misma o de los derechohabientes que la ley determina, el que solamente se dispensa cuando medien algunas de las siguientes circunstancias:

a) cuando la publicación del retrato, se relacione con fines culturales en general y científicos o didácticos en particular,

b) cuando dicha publicación se relacione con hechos y acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público;

c) cuando la persona fallezca sin dejar cónyuge ni alguno de los ascendientes o descendientes identificados por la norma del art. 31, o bien hubieran transcurrido veinte años desde la muerte de la persona retratada.

En este supuesto, el valor social que se busca tutelar es el derecho de la comunidad a ser informada.

3) Cuando la publicación del retrato fuese un medio de intromisión arbitraria en la vida ajena, de mortificación en sus costumbres o sentimientos o de perturbación de cualquier modo de su intimidad (art. 1071 bis, Cód. Civil).

El supuesto contemplado por esta norma es específico pues tutela el empleo de la imagen de un modo particularmente lesivo como el genéricamente denominado derecho a la intimidad (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La violación del derecho a la

*propia imagen y su reparación”, 1996-D, 136; C. N. Civ., esta Sala, 28/09/2009, Expte. N° 101.903/2005 “Ochoa, Raúl Vladimiro c/ Recoletos Argentina S. A. s/ daños y perjuicios – ordinario”, entre otros).*

*La norma prevé diversas sanciones que no son alternativas, sino que pueden ser acumulativas. Así resulta de su propio texto, al utilizar la conjunción “y”: “será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiese cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además podrá éste, a pedido del agraviado ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuera procedente para una adecuada reparación”.*

*B) En la comparación de los bienes que conforman los derechos personalísimos de la integridad espiritual pueden hacerse claras distinciones que muestran la autonomía de cada uno, lo que por cierto no es inútil sino de suma importancia. Se trata nada menos, no sólo de definir y concretar los perfiles de las figuras jurídicas que tienen una raíz común, por provenir de las manifestaciones del espíritu, los sentimientos y la proyección moral de la persona, sino también de tutelarla lo más íntegramente posible, abarcando todas y cada una de las aristas de su compleja estructura unitaria (Cifuentes, Santos, “Autonomía de los derechos personalísimos a la integridad espiritual”, L. L. 1998-B, 702).*

*Por lo tanto, se concibe a la imagen como un interés independiente, protegido por un derecho que faculta a la persona a los fines de utilizar libremente su expresión externa (comprensiva de sus rasgos físicos característicos y los aspectos asimilados), difundiendo o no, permitiendo o no la utilización y difusión por terceros e, inclusive, explotándola económicamente. Si bien su tutela constitucional fluye de los derechos implícitos del art. 33, en su correlación con los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, la norma legal que lo regula es el art. 31 de la ley 11.723 que resguarda la utilización comercial de los retratos fotográficos, aplicable analógica y extensivamente a las otras esferas, reservando la previsión del art. 1071 bis del Código Civil como protectoria de la difusión de la intimidad (Calderón, Maximiliano Rafael y Márquez, José Fernando “El*

*derecho a la imagen y su valor económico” R.C. y S. 2003-261).*

*El derecho a la imagen tiene un ámbito propio y específico, que se resume en la facultad del sujeto de decidir sobre la utilización que se hace de su imagen por cualquier medio (fotografía, filmación, dibujo, grabado, etc.), ya sea para prohibir su captación o divulgación, o para permitir su reproducción o comercialización (Picasso, Sebastián, “Nuevas fronteras del derecho a la imagen”, J.A. 2005-II-1251).*

*C) La propia Corte Suprema ha sostenido que “de una exégesis de la ley 11.723 se extrae que el legislador ha prohibido - como regla- la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que solo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (art. 31)” (C. S. J. N., 28/06/1988; “Lambrechi, Norma B. y otra c. Wilton Palace Hotel y otro”, Fallos: 311:1171, L. L. 1989-C, 478, J. A. 1989-I, 89; D. J. 1991-2, 78; y dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que los doctores Petracchi y Maqueda hacen suyo en 11/12/2007, “H., R. S. c. S.A. La Nación”, Fallos 330:5088), añadiendo que “por ser ello así, no puede afirmarse que una filmación con fines eminentemente comerciales encierre un interés general social que justifique una indebida utilización de imágenes sin el consentimiento de las interesadas” (fallo citado en primer término).*

*Muchas veces la persona es retratada y difundida con su consentimiento para un fin específico. Esa representación individual consentida, sin embargo, no podría, sin violar el derecho a la imagen, ser utilizada con otro fin. La intimidad no habría de verse en ese caso singularmente vulnerada, pero sí la imagen por el aprovechamiento no consentido. Si la toma fue difundida, seguramente con consentimiento del actor, por un diario, ello importó consentir la difusión en un sentido. Si se cambió el sentido, ya no puede verse ofendida la intimidad, desde que era fotografía con anterioridad dada al público, pero sí a la imagen, si no se había prestado consentimiento para la nueva publicación (Cifuentes, Santos, “Autonomía de los derechos*

personalísimos ...” cit.).

En este sentido, se ha afirmado que si no existe intromisión en la vida íntima de la persona, violación de algún aspecto de su privacidad, ni perturbación que hiera los sentimientos, sino aprovechamiento de una imagen ya pública para un fin no consentido, la cuestión no debe examinarse a la luz del art. 1071 bis del Código Civil, ley 21.173, sino de la ley 11.723, arts. 31 y concordantes, en razón de la independencia conceptual que desvincula por principio a la imagen del derecho al honor y del derecho a la intimidad (C. N. Civ., sala C, 02/05/1989, “Seen Gabriela Rosana c. Chami Ramón s/Daños y perjuicios”; Idem., sala I, 31/08/1995, “Rother, Sergio H. y otro c. Cica S.A. Industrias Alimenticias y otros”, Lexis Nº 1/4081).

Esta Sala, en anterior composición, señaló que el simple consentimiento del titular de la imagen para la toma de la fotografía, no implica necesariamente conformidad con su publicación. La difusión de la imagen de la persona con fines informativos o culturales de antecedentes que pudieran ser de interés público o desarrollado en público, no se extiende a la realizada con una finalidad publicitaria para la que resulta necesaria la autorización del titular. Producida la publicación con fines comerciales sin la debida autorización, genera daño moral que debe ser indemnizado, siendo indiferente que las características del retrato no traigan aparejado una lesión al honor o un descrédito de la personalidad y el hecho de que la publicación sea de escasa difusión no excusa la conducta de los demandados, aunque puede incidir en el cálculo de la indemnización (C. N. Civ., esta Sala, 01/08/2000, “Mesaglio, Paola K. c. Austral Cielos del Sur S.A.”, L. L. 2000-F, 117).

D) En síntesis, el remedio legal debe ser aplicado donde aparezca una indebida exposición o difusión publicitaria de la imagen, o una simple reproducción del retrato, aun cuando de ello no resulte lesión a la privacidad o a la reputación de la persona.

El consentimiento que debe prestar el interesado para la utilización de la imagen constituye una condición general para que sea legítima dicha utilización. O dicho de otro modo, es esencial comprender que, como regla, sólo el consentimiento

del interesado autoriza a disponer de la imagen, tal como lo dispone el art. 31 de la Ley 11.723, en su primer párrafo.

También la expresión ‘poner en el comercio’ debe ser entendida en sentido amplio: exhibición, difusión o publicación, con independencia del objetivo perseguido” (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Tomo 2-D, pág. 175). En ese mismo sentido, cita Cifuentes un pronunciamiento judicial donde se resolvió que la expresión “poner en el comercio” debe entenderse en sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad (C.N.Civ., sala D, 30/11/93, LALEY, 1994-D, 148, citado por Cifuentes, Derechos personalísimos, 2da. edición, pág. 523; C. Apel. Civ. y Com. Azul, sala II, 04/10/2011, “Dumerauf, Hugo c. Diario El Popular s/daños y perjuicios”, con voto preopinante del Dr. Jorge Mario Galdós, L. L. 2012-B, 108).

Se atribuye al derecho en consideración, un doble contenido: en su aspecto negativo o de exclusión, comporta la facultad de prohibir a terceros la captación o divulgación de la propia imagen

Señalan Tobías y Villalba que, en su aspecto positivo, el derecho a la imagen comporta la facultad de la persona de reproducir, publicitar, difundir, comercializar o divulgar su imagen según sus propios criterios y utilidad. El consentimiento, por lo tanto, tiene por función legitimar la utilización por terceros de la imagen propia (art. 31, ley 11.723).

“Es relevante el rol del consentimiento en la “disponibilidad” del derecho a la imagen. Su titular puede lícitamente exponer, reproducir o colocar en el comercio su imagen; él puede acordar las modalidades, el ámbito de la oportunidad, las condiciones y límites de la publicidad de su imagen. Los ulteriores límites a la extensión del derecho a la imagen -vinculados con la satisfacción de intereses públicos o sociales- son excepciones al principio de la necesidad del consentimiento que, a su vez, tienen otros límites que suponen la vuelta a la regla general de la necesidad del consentimiento”.

El enunciado amplio margen de disponibilidad que se reconoce al titular del derecho, permite afirmar



comprende la posibilidad de utilizar ampliamente la imagen para fines económicos (Tobías, José W. y Villalba, Federico, “El derecho personalísimo a la imagen”, Colección de Análisis Jurisprudencial “Derecho Civil - Parte General”, dirigido por José W. Tobías, Editorial La Ley, 2003, pago. 134).

E) El tema de la reproducción no autorizada de imágenes de la actora tiene distintas vertientes en esta causa: por una parte, las que hayan sido o puedan ser utilizadas en el futuro para asociarla con páginas pornográficas, de prostitución, etc., aspecto que ya ha sido tratado en cuanto a las medidas a adoptarse en el futuro para evitar que los resultados de los motores de búsqueda dirijan a los usuarios hacia esos sitios.

Otra cuestión diferente es la utilización de retratos de la accionante en las propias páginas de las demandadas, como parte de sus contenidos, bajo la forma de los denominados “thumbnails” o miniaturas, que son versiones reducidas de imágenes. En relación con este tema, el magistrado consideró:

1) que no se trataba de una captación indebida protegida por el art. 1071 bis del Código Civil, que no fue invocada.

Este aspecto no es materia de controversia, como así tampoco el hecho de que tales imágenes ya eran públicas por estar publicadas en sitios de terceros, que se refieren a la actividad profesional desarrollada por la actora. Ya se explicitó supra que del uso indebido de una imagen puede o no afectar, además, al derecho a la intimidad.

2) El a quo estimó, asimismo, que no podía achacar a los accionados la “puesta en el comercio” del retrato fotográfico de la accionante, interpretando que cualquier reproducción que efectúen los buscadores debería quedar amparada por la libertad que contempla el art. 31, última parte, de la ley 11.723, si no existe un afán de lucro, o finalidades comerciales o publicitarias, siendo libre la publicación del retrato cuando se relaciona con fines culturales o con acontecimientos que se hubieran desarrollado en público.

a) La ley prohíbe genéricamente la publicación de

la imagen y no solamente la puesta en el comercio. Por publicación debe entenderse cualquier tipo de difusión de la imagen como puede ser también la distribución de retratos impresos, la exposición pública, etc., sin que se requiera la configuración de un acto de comercio.

En esta cuestión coincido con la opinión de Vibes, cuando señala que sí hay un uso comercial -indirecto- de la imagen de la actora por parte de los buscadores, que obtienen ingresos publicitarios gracias al contenido que ponen a disposición de los usuarios (Vibes, Federico Pablo; “La responsabilidad de los buscadores de Internet”, 13-dic-2009, Cita: MJ-DOC-4412-AR | MJD4412), si bien señala que lo que se debe tener en cuenta en estos casos es que la indemnización otorgada con fundamento en el art. 31 Ley 11.723 es omnicompreensiva del eventual daño material y moral padecido.

Ello coincide con lo declarado por Pérez Verdia, quien ante la pregunta relativa a en dónde reside el principal ingreso económico de Google, afirmó que “en la comercialización de publicidad en línea” (ex dependiente de Google, fs. 1184).

Sostiene Tomeo, autor de múltiple doctrinas en la materia, que si “los artistas y modelos involucrados en estos hechos no han prestado su consentimiento para la divulgación de los contenidos publicados y mucho menos para su replicación en la red”, ello deviene en la directa responsabilidad de los autores de las publicaciones por violación a la intimidad (Tomeo, Fernando, “La intimidad en internet”, publicado el 03/08/2011, elDial.com - DC166D y antecedentes jurisprudenciales allí consignados).

b) Ya hemos señalado que aun cuando la persona hubiera prestado su consentimiento para la publicación con un fin determinado, la infracción al art. 31 de la Ley 11.723 puede generarse por el hecho de que se hubiere publicado on line dentro de un contexto diferente, toda vez que el interés jurídico protegido implica hacer una interpretación restrictiva del mismo.

“Deberá entenderse que el carácter de expreso y específico del consentimiento a la difusión de la imagen hace muy restringida o casi mínima la

*posibilidad de una autorización implícita. En síntesis, se requerirá conformidad para la toma de la imagen, que no supone su publicación, también en cuanto a la imagen misma publicada, a la oportunidad y el contexto de su publicación, o sea en general la forma de la misma, e inclusive respecto del medio empleado para efectuar la publicación o difusión. Consecuentemente, una autorización anterior no necesariamente comprende una difusión posterior, o que la que se haga para un destino autorice otro distinto (Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La violación del derecho a la propia imagen y su reparación”, L. L. 1996-D, 136).*

*c) Tal fue la opinión de la Dra. Graciela Medina, como integrante de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, que contara con la adhesión de los Dres. María C. Cabrera de Carranza y Roland Arazi, en que se trataba de un caso en que había mediado cesión de los derechos de imagen para el uso y/o exhibición de en gráfica (folletería, puntos de venta y diarios y revistas”) y en video, siendo en este caso los medios convenidos: puntos de venta y circulación interna.*

*Se interpretó entonces que Internet no es un medio gráfico sino un medio digital por lo tanto no puede entenderse que la modelo al ceder sus derechos de imagen para que sean publicados en medios gráficos haya autorizado su utilización en medios digitales o electrónicos, que son los que corresponden a Internet. Tampoco Internet puede ser confundido con un video y la imagen no se utilizó en un video que se difundiera por medio de Internet, sino que se colocó la foto digital en la página de Internet de la contratante.*

*Se consignó que “no puede desconocerse que Internet constituye un medio distinto de los tradicionales, ya que no es un medio gráfico ni tampoco un medio televisivo o radial, su diferencia hace que para difundir imágenes en la red se requiera consentimiento expreso de quienes venden su imagen para publicidad... no basta que una modelo dé el consentimiento para que su fotografía se publicite en medios gráficos o videos tradicionales para que la empresa contratante pueda utilizarla en la red digital y universal”.*

*“Quien quiere utilizar en el comercio electrónico o en la publicidad electrónica la imagen de una persona que se dedica a comercializarla debe contar con el consentimiento expreso del sujeto para el uso en Internet, ya que Internet es distinto a los otros medios tradicionales y así como encierra ventajas también genera facilidades de copia, de utilización indebida, de circulación fuera de ámbitos comerciales, de links con sitios dedicados a actividades distintas a las que la modelo había dado su consentimiento. Por otra parte no se pueden ignorar los meta-tagging que son las prácticas empleadas por los operadores de ciertas páginas webs con el propósito de captar la atención de usuarios a la dirección en cuestión. Por lo cual el difundir una imagen en una página de Internet puede llevar a que ésta sea conocida por distintos usuarios que acceden a ella a través de la información contenida en la meta-tag key world section, este riesgo requiere que el titular de la imagen preste un expreso consentimiento para su uso en Internet, consentimiento que entiendo, no puede ser inferido tácitamente o considerado implícito de la autorización otorgada para publicar en medios normales o tradicionales la imagen de la modelo. De donde concluyo en afirmar que no habiéndose autorizado el uso expreso en Internet la imagen fue ilícitamente usada por el contratante, quien debe abonar por el uso inconsentido en Internet” (C. Civ. y Com. San Isidro sala 1ª, 14/8/2003, “Riva, María A. v. Sonne S.R.L. s/daños y perjuicios” LLBA 2004, 104).*

*Adviértase que en el caso transcripto incluso había mediado un contrato previo entre las partes, lo que no ocurre entre la actora y las demandadas, aunque sí pueda haber existido autorización o incluso contratación respecto de terceros en relación a algunas de las fotografías. Pero, aún de haber existido, tales terceros no son parte en este pleito, en el que la cuestión que se ventila se refiere al uso efectuado por los propios buscadores, tanto al arrojar los resultados de búsqueda general en la web como en las galerías de imágenes.*

*d) Tampoco advierto que se haya acreditado la existencia de “fines científicos, didácticos y en general culturales” que justificaran la reproducción*

no autorizada de la imagen, ni que se tratara de “hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”, al menos en lo que respecta a las accionadas.

Se trata de hipótesis taxativas de publicación lícita de la imagen sin necesidad de consentimiento del interesado. Entre los supuestos de la norma está comprendida la hipótesis del “personaje notorio”, calificación en la que cabría incluir a la accionante. Sin embargo, la sola realización de los presupuestos de hecho y limitaciones indicados por la ley no liberan, por sí, la libre utilización de la imagen de otro: el sacrificio del interés privado se ha impuesto sólo en cuanto se satisfagan efectivamente intereses generales al conocimiento y a la información.

En línea con lo expuesto precedentemente, sostienen Tobías y Villalba:

a) En la hipótesis de los fines científicos, didácticos y en general culturales, cabe reconocer la facultad judicial de evaluar si ellos responden a un “contenido seriamente aprehensible”; la necesidad de evitar en lo posible la identificación de la persona representada (v.g. publicaciones médicas) y la de que la utilización de la imagen, en el contexto en que se la divulga, no sea susceptible de alterar facetas de la personalidad; b) En la hipótesis de hechos o acontecimientos de interés público, la sola intervención en ellos de un personaje notorio, no permite por sí, la difusión de “cualquier” imagen ajena (como aquellas, privadas, notoriamente ajenas a la exposición del público)”.

Una nueva limitación a las hipótesis que permiten la libre divulgación de la imagen -sin consentimiento del interesado- ha de encontrarse cuando se la realiza por terceros con fines publicitarios (aún gratuitos) o comerciales (de interés patrimonial). En la “ratio” o espíritu de la delimitación del contenido del derecho a la imagen, el sacrificio del derecho se hace en vista de la satisfacción de exigencias de conocimiento o información general o el desarrollo cultural del medio social: la norma ha entendido dilucidar el conflicto entre dos intereses de naturaleza no patrimonial (el del público a la información y el del individual a la reserva de su imagen) (Tobías, José W. y Villalba, Federico, “El derecho personalísimo a la imagen”,

Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: José W. Tobías, Editorial LA LEY, 2003, pág. 134).

e) Dicho en otros términos: aunque dichos terceros que han realizado en sus sitios la primera publicación en Internet pudieran invocar derechos a exhibir las imágenes de la actora en sus propios sitios, sea porque cuentan con autorización, sea porque se encuentran comprendidos dentro de los supuestos de excepción en que puede prescindirse de dicha conformidad, no es ésta la situación de las demandadas, que carecen de autorización o derecho alguno a reproducir tales imágenes – legítima o ilegítimamente incorporadas a la red- sin que tenga relevancia alguna el tamaño o la calidad de las copias.

3) También se afirma en la sentencia que habría existido un uso leal en los términos art. 10 de la Convención de Berna aprobada por ley 25.140, que establece que son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo forma de revistas de prensa. Cita en apoyo de esta postura un precedente de la Cámara Federal de Apelaciones del Noveno Circuito de San Francisco, Estados Unidos.

En relación con este aspecto, he de señalar que el antecedente citado por el sentenciante, al igual que otro que resolvió de modo diverso, se refieren a derechos de autor, y no a derecho a la imagen de la persona retratada, que creo que es el error esencial del razonamiento.

A estos casos extranjeros hace referencia Brizzio: “frente a las vistas en miniatura (thumbnails) existen criterios antagónicos en la jurisprudencia de distintos países. En los EE.UU, en el caso Nelly vs. Sofá Corporation, la compañía Arriba Sofá tenía indexadas varias fotografías del fotógrafo Leslie Kelly, de las cuales aparecían los thumbnails sin tener autorización para efectuar ese tipo de enlaces, por lo cual fue demandada por infracción de copyright; en febrero de 2002, la Corte estimó que el demandado



se amparaba en el fair use para la creación de sus enlaces automáticos que reproducían las imágenes en vistas miniaturas. En Alemania, en cambio, la Corte de Hamburgo condenó en 2003 a Google por violación a la ley alemana de los derechos de autor de 1965, por la reproducción de enlaces automáticos que realizaba en su servicio de noticias [www.news.google](http://www.news.google). de imágenes en miniatura (thumbnails) sin la autorización del titular de los derechos de las fotografías” (Brizzio, Claudia R., “El Rol de los actores en Internet como determinante de la Responsabilidad - Segunda Parte”, 11-mar-2009, Cita: MJ-DOC-4228-AR | MJD4228).

Si bien aclaré que iba a prescindir de citar legislación y jurisprudencia extranjera –precisamente para evitar confusiones en un caso que ya de por sí reviste suficiente complejidad a la luz de nuestro propio régimen legal- en este aspecto puntual parece oportuno señalar que el criterio no es uniforme, lo cual es además lógico si consideramos que las normas locales de cada uno de esos países pueden ser diferentes, y a ellas se remite la Convención referida, como se verá infra.

La ley 25.140, efectivamente, aprobó el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI- sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (estos dos últimos, abiertos a la firma en Ginebra por entonces). La sola lectura de este enunciado nos permite deducir con total claridad que de lo que se trata en estos casos es de la defensa de la propiedad intelectual, lo cual nada tiene que ver con la accionante, que no es la “autora” de la obra, sino su “protagonista”.

Para decirlo con mayor precisión: en el extensísimo texto de los tres convenios –no sólo el de Berna- en ningún momento se hace siquiera mención a un “derecho a la imagen” o a un “retrato”, lo cual es perfectamente lógico, por cuanto lo que se tiene en mira es la protección de bienes jurídicos diversos.

Más aún, al momento de su suscripción ni siquiera existía la posibilidad de reproducir la fotografía digitalmente, cuando aún se estaba experimentando

en técnicas para obtener negativos. Dicho Convenio fue firmado del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. El texto que fue aprobado es el correspondiente “texto oficial español del Acta de París, del 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979”, una década antes de que se conociera la digitalización.

Con relación a su articulado, sólo se hace mención a las fotografías en los arts. 2 inc 1º 1 y 10 ap. 2.

El art. 2.1 precisa que “Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, incluyendo dentro de la extensa enumeración “... las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía”. En el mismo art. 2, inc. 6), se precisa que “las obras antes mencionadas gozarán de protección en todos los países de la Unión. Esta protección beneficiará al autor y a sus derechohabientes”.

Reitero, la accionante no es autora ni derecho habiente, no es –ni más ni menos- que la persona cuya imagen exhibe la obra.

El art. 10 al que alude el sentenciante no hace referencia específica a las fotografías, y su lectura completa ratifica que en ningún momento se refiere a las personas que puedan estar retratadas, sino a otro tipo de obras literarias o artísticas: “1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa; 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras

literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados; 3) Las citas y utilidades a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente”.

La única otra disposición que menciona las fotografías, es el artículo 10 bis, dice en su apartado 2, textualmente: “2) Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento”.

No alcanzo a comprender cómo pueden confundirse derechos tan diversos. No estamos hablando aquí de los derechos intelectuales de quien sea el autor de las fotografías, ni de quien pueda detentar sobre las mismas algún derecho de propiedad.

Estamos hablando de un derecho personalísimo a la propia imagen, que permite a su titular oponerse a que otras personas tomen, reproduzcan o difundan sin su consentimiento su imagen, un derecho que tiene un ámbito propio y autónomo del de protección de la intimidad, aun cuando en algunos casos ambos derechos puedan reunirse a fin de tutelar al particular lesionado (Fernández Delpech, Horacio, “Los videos íntimos y la privacidad en Internet”, publicado el 03/08/2011, elDial.com DC166C).

En cualquier caso, y aun cuando se pretendiera –por vía de hipótesis- que el Convenio de Berna podría ser aplicable al caso, ha de advertirse que el derecho de cita se refiere expresamente a obras literarias que incluyen artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa, y en todas las demás disposiciones lo que se establece es una norma de reenvío a la legislación local. Y en el derecho argentino la autorización para

la utilización de la imagen es imprescindible, salvo los casos excepcionales previstos en el art. 31, última parte, de la ley 11.723, que no se configuran en el caso.

F) En virtud de lo expuesto, considero asimismo que corresponde establecer que las accionadas deberán eliminar y abstenerse de incluir toda imagen de la actora en sus buscadores de imágenes, y establecer un resarcimiento a la accionante en razón de este uso no autorizado.

Habiéndose demandado sumas globales por daño material y daño moral en relación con las distintas conductas reprochadas, se determinarán a continuación los parámetros del resarcimiento a tenor de lo dispuesto por el art. 165 el Código Procesal, incluyendo la reparación por daño moral por la facilitación de acceso a vínculos con páginas pornográficas y de servicios de prostitución.

XXIII.- Procedencia y cuantificación de los daños.

A) Daño Material

Sobre este tema ha sostenido Cifuentes que “las personas que por sus excelencias físicas o de otra índole pueden sacar provecho de su imagen, verán perdidas estas posibilidades si los terceros sin compensación y por su sola decisión recrean, en ámbitos no concedidos, a la persona fotografiada. Sin embargo, me parece que tales posibilidades perdidas, por causa de dicha apropiación no consultada ni permitida, carecen de aranceles, tasas y cartabones fijos. Es claro que si ninguna prueba se ha producido por la parte interesada para establecer el monto del daño, una orientación sustitutiva de ese vacío podría ser el convenio colectivo de trabajo de los modelos publicitarios 187/75, en donde se encuentran los aranceles, y de los cuales puede extraerse la presunta pérdida” (Cifuentes, Santos, “Protección de la imagen”, E. D. 211-97).

Tal como se indicara al hacer referencia a la prueba producida en autos, todos los informes recibidos de distintas editoriales coincidieron en afirmar que la accionante no había percibido suma alguna por las distintas publicaciones (ver, por ej., fs. 706, 737, 793 y 1011). Se ha acompañado únicamente a fs.

928/944 el convenio colectivo de trabajo vigente aplicable a las modelos profesionales, que no es la principal actividad de la accionante.

En cuanto al testimonio de Loureiro, si bien señala que la actora habría sufrido inconvenientes profesionales, concretamente refiere que la razón por la que no podían aceptar la propuesta contractual de ABC de E.E.U.U., para hacer una miniserie de una policía latina fue porque “en ese momento habíamos firmado contrato para hacer Montecristo con lo cual no pudimos hacerlo” (fs. 746).

En cuanto a los ingresos que percibe, se refiere a su desempeño como actriz “protagonista no solo en TV, sino también en teatro y cine”.

Son estos muy escasos elementos como parece establecer una base razonable de un daño material cierto por la inclusión de la imagen de la accionante en los “thumbnails”, los que, por otra parte, difícilmente hayan prestado utilidad económica específica a los buscadores dentro del universo de imágenes de similares características.

Por estas razones, considero que las facultades acordadas al juez por el art. 165 último párrafo del Código Procesal no resultan suficientes, en el caso, para determinar un resarcimiento.

Ello así, por cuanto –aun cuando no se interpretara, como Vibes, que se trata de una compensación única que abarca ambos aspectos, material y moral- la sentencia podrá fijar el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, “siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto”. En el caso de autos no encuentro que este perjuicio concreto se encuentre suficientemente acreditado, no sólo en su cuantía, sino en su configuración misma.

Por ende, en este aspecto se rechazará la pretensión incoada.

#### B) Daño moral

Tal como ya se expresara, el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero (*alterum non laedere*), y la violación de este principio naturalmente depara como consecuencia

una reparación, que debe ser plena e integral, vale decir justa, ya que no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte (CSJN, Fallos 283:213,223). A tal efecto, basta un perjuicio cierto y en relación causal adecuada con el hecho lesivo.

La protección a la integridad de las personas y el derecho a la reparación integral se encuentra respaldada en Tratados Internacionales que integran el sistema constitucional en función del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre las cuales podemos citar al art. 21 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa. Asimismo, el art. 5 del mismo cuerpo normativo, de jerarquía constitucional, ampara el derecho a la integridad personal al expresar que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad, física, psíquica y moral (Bidart Campos, “Manual de la Constitución Reformada” tº II, pág. 110, Ed. Ediar), puede que el derecho al resarcimiento y a la reparación del daño se encuentra incluido entre los derechos implícitos (art. 33 CN) especialmente si se tiene en cuenta que otras normas como el art. 17 y el 41 CN refieren casos específicos (C. N. Civ., Sala L, 15/10/2009, “L., S. y otro c. Hospital Británico y otros/daños y perjuicios”, E. D. 09/02/2010, Nº 12.439, Id, esta Sala, 10/8/2010, Expte. Nº 69.941/2005 “Gutiérrez, Luis Alfredo y otro c/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios”, entre otros).

Este Tribunal comparte la opinión doctrinaria y jurisprudencial que considera que la indemnización otorgada por daño moral cumple una función reparadora. Asimismo, en casos como el presente, en que se configuró violación de derechos personalísimos, se estimó que tal acto origina, per se, daño moral (C.N.Civ., esta Sala, 01/08/2000, Expte. 37591/95, “Messaglio, Paola Karina c/ Austral Cielos del Sur S. A.”; Idem., id., 08/10/2007, Expte. Nº 39.492/05, “Alsogaray, Francisco Carlos c/Arte Gráfico Editorial Argentino SA s/ daños y perjuicios”; id., id., 21/10/2008, Expte Nº 103.578/01, “P., J. L. c/P. de C. C. S. A. y otros s/ daños y perjuicios”, E.D. 26/01/2009, nº 12.181).



*La prueba del daño, en estos supuestos, surge in re ipsa (C. N. Civ., esta Sala, 28/09/2009, Expte. Nº 101.903/2005 “Ochoa, Raúl Vladimiro c/ Recoletos Argentina S. A. s/ daños y perjuicios – ordinario”, entre otros), por cuanto el agravio moral es consecuencia necesaria de la violación de uno de los derechos inherentes a la personalidad del sujeto, como lo es el relativo a la propia imagen. Por lo tanto, la sola demostración de dicha transgresión será en sí misma prueba de la existencia del daño, que consiste en el disgusto propio de sentir agredida dicha personalidad. La demostración de la inexistencia del daño (inversión del “onus probandi”), corresponderá en el supuesto al responsable del hecho.*

*Por otra parte, es absolutamente autónomo del daño material, por cuanto ambos son de naturalezas distintas y sus cuantificaciones independientes, pues en las reparaciones respectivas se ponderan agravios de características opuestas (Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La violación del derecho a la propia imagen...” cit).*

*Ha señalado Cifuentes que, cuando se conculca la imagen por apropiación y reproducción de quien no tiene derechos sobre ella, se daña principal y directamente a la persona misma. Basta por cierto la prueba de esa apropiación y reproducción inconsultas. Tal actitud produce un daño moral derivado del hecho mismo, y que no es menor ni insignificante, ya que se pone a la figura que identifica corporalmente a la persona, en manos de todo aquel que quiera utilizarla, con o sin compensación.*

*“El aprovechamiento subrepticio de la imagen, cualquiera que fuere el modo como opere -... difusión digital y por internet, etc. -, es sumamente dañoso y grave, pues lleva a desvalorizar a la persona misma que se ve sometida a la acción de extraños que no respetan su voluntad, porque se ha sustituido su voluntad, la decisiva y única voluntad del dueño de su imagen. De ahí que el daño extrapatrimonial nazca prístino y no discutible. Como no hay otro modo de restañarlo, se debe acudir al art. 1078 del cód. civil y ordenar una ejemplificativa indemnización que resarza al damnificado y que prevenga al dañoso*

*para que no repita su acción” (Cifuentes, Santos, “Protección de la imagen”, E. D. 211-97).*

*Estos aportes doctrinarios se referían a casos en los que solamente había existido reproducción no autorizada de la imagen, situación que se plantea en autos. Pero no caben dudas que el mayor gravamen no surge de esta infracción, sino de la amplísima difusión que tuviera la injustificada y gravísima vinculación de la accionante con sitios pornográficos y de “acompañantes”.*

*Si bien es cierto que el daño no fue únicamente producido por exclusiva responsabilidad de las aquí accionadas –como se ha reiterado una y otra vez– el rol que desempeñaran ha sido decisivo. Y tal como se adelantara, es este el momento diferenciar cuantitativamente, por una parte, la conducta asumida por cada una de las demandadas en el curso de ambos procesos en relación a la mayor o menor disposición para acatar las medidas cautelares dispuestas, como así también la mucho más significativa incidencia en la producción del daño de Google, por ser el buscador más utilizado.*

*En virtud de estas consideraciones, propiciaré fijar en la suma de \$ 75.000 (setenta y cinco mil) la reparación a abonar por Google Inc. y en \$ 15.000 (quince mil) el resarcimiento que deberá afrontar Yahoo! de Argentina S.R.L. en concepto de daño moral (art. 165 del Código Procesal), sumas éstas estimadas a la fecha de notificación de la demanda cautelar (13/11/2006) con más sus intereses a la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, conforme doctrina que estableciera este Tribunal en Pleno in re “Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios”(20/04/2009), hasta la fecha del efectivo pago.*

XXIV.-Costas

*En atención al resultado obtenido, las costas de ambas instancias deberán imponerse a las demandadas en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del Código Procesal), que no implica una penalidad para el litigante vencido, sino que simplemente tiene por objeto resarcir a la contraria*

de los gastos que su conducta la obligó a realizar.

El fundamento de la regla reside en tal hecho objetivo, con prescindencia de toda valoración acerca de la conducta con que la parte vencida pudo haber actuado durante la sustanciación del proceso.

No se trata, entonces, de una reparación fundada en las normas del derecho sustancial, sino de una que se asienta en una expresa directiva procesal, que a su vez toma en cuenta un dato objetivo: el resultado del pleito, con independencia del ánimo que pudo haber determinado la conducta de las partes.

La preservación de la integridad del resarcimiento o, en términos generales, del derecho reconocido en la sentencia, justifica que sea el vencido quien cargue con las costas derivadas del litigio, pues, de lo contrario, los gastos realizados para obtener ese reconocimiento se traducirían, en definitiva, en una disminución del derecho judicialmente declarado.

Por ello, es criterio de esta Sala que este principio adquiere mayor trascendencia tratándose de un reclamo por indemnización por daños, aunque aquél no prospere por el monto pretendido, corresponde imponer las costas al accionado para mantener íntegra la reparación del perjuicio probado, por lo que no existe razón atendible para apartarse del criterio objetivo de la derrota que informa el art. 68 del Cód. Procesal (C. N. Civ., esta Sala, 15/09/2011, Expte. N° 7684/2005, “Sanguineti, Elza Raquel c/ Coto Cicsa y otros s/daños y perjuicios”; Idem., id., 27/09/2011, Expte. N° 40151/1996, “Gheringhelli Carlos Pablo c/ Corro Adrián s/ Daños y perjuicios”, y fallos allí citados).

Finalmente, tratándose de un supuesto de acumulación de acciones, cada demandada deberá responder en proporción al monto por el que prospera la demanda a su respecto.

Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo:

- 1) revocar la sentencia de fs. 1853/1873, haciendo lugar parcialmente a la demanda incoada,
- 2) disponiendo que las accionadas deberán: a)

eliminar en forma definitiva de sus respectivas páginas de resultados de búsqueda la imagen y/o el nombre de la accionante vinculados con sitios web de contenido sexual, erótico, pornográfico, de oferta de sexo y similares, con la única excepción de aquellos sitios que correspondan a ediciones digitales de medios de prensa; b) eliminar y abstenerse de incluir toda imagen de la actora en sus buscadores de imágenes (“thumbnails”);

3) condenando a Google Inc. y a Yahoo! de Argentina S.R.L. a abonar a la actora en concepto de resarcimiento por daño moral las sumas de \$ 75.000 (setenta y cinco mil) y \$ 15.000 (quince mil) respectivamente, con más sus intereses a la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de notificación de la demanda cautelar y hasta el efectivo pago;

4) imponiendo las costas de ambas instancias a las accionadas vencidas (art. 68 del Código Procesal) en proporción al monto por el que prospera la demanda respecto de cada una de ellas;

TAL ES MI VOTO

Las Dras. Beatriz A. Verón y Zulema Wilde adhieren al voto precedente.

Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales por ante mí que doy fe.

Fdo.: Marta del Rosario Mattera - Beatriz A. Verón - Zulema Wilde

Es copia fiel de su original que obra en el Libro de Acuerdo de la Sala.//

///nos Aires, agosto de 2012.

Y VISTOS: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal RESUELVE:

Revocar la sentencia de fs. 1853/1873, haciendo lugar parcialmente a la demanda incoada,

2) Disponer que las accionadas deberán: a) eliminar en forma definitiva de sus respectivas páginas de resultados de búsqueda la imagen y/o el nombre de la accionante vinculados con sitios web de contenido sexual, erótico, pornográfico, de oferta de sexo y

*similares, con la única excepción de aquellos sitios que correspondan a ediciones digitales de medios de prensa; b) eliminar y abstenerse de incluir toda imagen de la actora en sus buscadores de imágenes (“thumbnails”);*

*3) Condenar a Google Inc. y a Yahoo! de Argentina S.R.L. a abonar a la actora en concepto de resarcimiento por daño moral las sumas de \$ 75.000 (setenta y cinco mil) y \$ 15.000 (quince mil) respectivamente, con más sus intereses a la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de notificación de la demanda cautelar y hasta el efectivo pago;*

*4) Imponer las costas de ambas instancias a las accionadas vencidas (art. 68 del Código Procesal) en proporción al monto por el que prospera la demanda respecto de cada una de ellas;*

*5) Difiérase la regulación de los honorarios para su oportunidad.*

*Regístrese, notifíquese y devuélvase.*

*Fdo.: Marta del Rosario Mattera - Beatriz A. Verón  
- Zulema Wilde*