

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. Responsabilidad de proveedores. Motores de búsqueda. Mera intermediación. Irresponsabilidad. Excepciones.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Juzgado Nacional en lo Civil N° 62

FECHA: 24-6-2011

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en la Biblioteca Virtual <http://www.eldial.com/>. Referencia AA6E14.

OTROS DATOS: Expediente 84.103/2007.

SUMARIO:

“... se presenta Andrea Paola Krum. Promueve demanda de daños y perjuicios contra Yahoo de Argentina Srl y Google Inc. ...”.

“Persigue la reparación de los daños y perjuicios que se le causaron en razón de: 1) haber usado comercialmente y sin autorización su imagen a través de los servicios de «búsqueda de imágenes»; 2) Haber avasallado sus derechos personalísimos tales como el honor, nombre, imagen, dignidad e intimidad, por haberla relacionado con páginas de Internet vinculadas con actividades pornográficas, venta de sexo y similares, a través de la inclusión de su nombre y apellido en los «buscadores Web».”

“Pide también se condene a las demandadas, al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen; a eliminar y abstenerse de incluir toda imagen suya en los «buscadores de imágenes»; a eliminar de sus «buscadores Web» toda vinculación entre su nombre y los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico; y por último a 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”.

[...]

“... la pregunta que cabe formular es si los ISP accionados deben responder civilmente por los daños y perjuicios ocasionados a la actora por los contenidos claramente ilegales de las páginas, que resultan a todas luces ultrajantes e injuriosos, pero que han sido publicados por terceros, no demandados en estos actuados”

“Lo que debe indagarse en suma, es si en este caso existe una razón suficiente que justifique que el daño que ha sufrido la actora, se traslade económicamente a los demandados.

En otros términos, si se configura la existencia de algún factor de atribución capaz de conectar la responsabilidad de los buscadores”.

[...]

“... los buscadores actúan proporcionando una herramienta al usuario que utiliza la computadora para localizar los contenidos o la información por él definida, dichos contenidos o información no son creados o puestos en la red o editados por los buscadores ...”.

“El rol de los buscadores es facilitar a sus usuarios el acceso a páginas de Internet, que, en principio, presentan contenidos relacionados con las búsquedas realizadas. Pero quien o quienes deciden el contenido que se carga en cada sitio web, es precisamente cada sitio. Periódicamente recorren con programas de Internet, accediendo a su contenido, este contenido lo clasifican y almacenan, para ser utilizado por las búsquedas que se realizan en los buscadores”.

[...]

“En resumen, cabe concluir en derredor de estos extremos, que resulta inadmisibles imponer al buscador la obligación general de vigilar la licitud, verdad o moralidad de todos los contenidos de terceros que transmite o almacena, así como la de realizar investigaciones activas orientadas a descubrir en la red contenidos que revelen actividades ilícitas. Un temperamento contrario implicaría un claro atentado a la libertad de expresión, que consagraría una prístina censura previa ...”.

“Recién podrá hablarse de actividad culposa, desde el momento en que el buscador arribe al llamado «conocimiento efectivo» ...”.

“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”.

[...]

“... 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» ... 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, ... 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 ...”.

COMENTARIO: Aunque el fallo que se reseña no estuvo referido a violaciones al derecho de autor o a los derechos conexos, sino a la imagen, honor y reputación de una persona, sus razonamientos son aplicables *mutatis mutandis* para el supuesto en que el servicio del proveedor se limite a conducir o ubicar páginas con contenidos protegidos por los derechos intelectuales. Tomando como referencia la Directiva Europea 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), los proveedores de servicios (ISP), como los de motores de búsqueda, no son responsables por el material infractor transmitido a través de la red, cuando no desempeñen participación alguna en la selección del contenido de las páginas hacia las cuales direccionan a los usuarios, ni tampoco tengan un conocimiento efectivo de que tales materiales alojados en esas páginas infringen los derechos de terceros. Por ello, el prestador de servicios de búsqueda es responsable si, en lugar de limitarse a dirigir al usuario a los sitios de terceros, almacena el material infractor en su propio servidor, porque se convierte en un proveedor de contenidos y, por tanto, es responsable por las violaciones que se deriven de ello, ya que ese proceder implica una intervención humana, no solamente en la ubicación de la página, sino en la elección del material. De allí que otra de las condiciones para gozar de la exención de responsabilidad, en los términos de la mencionada Directiva, es que el ISP no elija ni modifique los datos transmitidos. Así, la justicia belga condenó a sociedad *Google* por el almacenamiento en su propio servidor, a través de las páginas *Google News* o *Google Actualité*, de artículos, fotografías y representaciones gráficas de la casa editorial belga de la prensa diaria en francés y alemán ¹ y también la francesa, cuando sancionó a la misma sociedad *Google* en el caso de una fotografía que sin autorización del autor estaba albergada en su sitio *Google.fr* ². De la misma manera, para poder ampararse en la figura del “puerto seguro”, de acuerdo a la misma Directiva, es necesario que el proveedor de servicios no tenga “conocimiento efectivo” de que conduce al usuario a un sitio que alberga contenidos infractores y que, al tenerlo, actúe con prontitud para impedir el acceso desde su página a los sitios que alojan ese material. En sentido muy similar, la *Digital Millenium Copyright*

1 Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (5-9-2006).

2 Tribunal de Gran Instancia de París. Sentencia de la 3ª Cámara, 2ª Sección (9-10-2009).

Act de los Estados Unidos aplica la política de “puerto seguro” cuando el ISP no tiene conocimiento real de que el material o una actividad que usa el contenido en el sistema o red son infractores o, en ausencia de dicho conocimiento real, no tiene conciencia de los hechos o circunstancias que evidencian la actividad ilícita y que, al obtener dicho conocimiento o conciencia, no procede de manera expedita a remover o deshabilitar el acceso a dicho material. Por ello, la Corte de Apelaciones del 2º Circuito de ese país ha decidido que “... el conocimiento real o conciencia de los hechos o circunstancias que indican instancias específicas o identificables de violación descalificará a un proveedor de servicios para el puerto seguro”³. Ese conocimiento no tiene por qué surgir necesariamente de una notificación judicial o administrativa, ya que, como apunta el fallo argentino en comentarios, también puede deducirse “cuando el contenido del sitio es manifiestamente ilegal”. Por esa razón, la justicia española ha señalado 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”⁴. Con razón, la justicia holandesa ha precisado que el proveedor de servicios está obligado “a tomar las medidas adecuadas en cuanto esté al corriente de que un usuario de su sistema informático comete un atentado al derecho de autor ayudándose de la página (homepage) o cualquier otro acto ilícito”⁵. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, 24 de junio de 2011 Y VISTOS: estos autos n° 84.103 del año 2007, caratulados “Krum, Andrea Paola c/Yahoo de Argentina SRL y Otro s /daños y perjuicios”, para dictar sentencia, de los cuales RESULTA:

1.- A fs. 108/145 se presenta Andrea Paola Krum. Promueve demanda de daños y perjuicios contra Yahoo de Argentina Srl y Google Inc., todo ello por el cobro de la suma de \$ 300.000, con más sus intereses y costas.//-

Persigue la reparación de los daños y perjuicios que se le causaron en razón de: 1) haber usado comercialmente y sin autorización su imagen a través de los servicios de “búsqueda de imágenes”; 2) Haber avasallado sus derechos personalísimos tales como el honor, nombre, imagen, dignidad e intimidad, por haberla relacionado con páginas de Internet vinculadas con actividades pornográficas,

venta de sexo y similares, a través de la inclusión de su nombre y apellido en los “buscadores Web”.-

Pide también se condene a las demandadas, al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen; a eliminar y abstenerse de incluir toda imagen suya en los “buscadores de imágenes”; a eliminar de sus “buscadores Web” toda vinculación entre su nombre y los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico; y por último a 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.-

Relata su actividad profesional, de público y notorio conocimiento, por lo que resulta de vital importancia el uso de su imagen, la que se realiza previa firma de un contrato a tenor del art. 31 de la ley 11.723. Expresa que en virtud de dicha normativa es claro que conserva la facultad de decidir dónde, cómo y cuándo se pueden publicar las fotografías que le toman, toda vez que de ello depende su actividad laboral, su honor y dignidad como persona.-

Explica el modo de funcionamiento de Internet, como operan los buscadores y remata en que los demandados integran el universo de “proveedores

3 Sentencia del 5-4-2012.

4 Tribunal Supremo. Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil (9-12-2009).

5 Tribunal de Distrito de La Haya (9-6-1999).

de contenido”, son los responsables de páginas Web respaldadas por motores de búsqueda (software que ellos mismos diseñan) que rastrean información en Internet para luego incluirla en sus sistemas y editarla en forma tal que permite localizar páginas de Internet y conocer de antemano y sin necesidad de ingresar a ellas, una parte de su contenido. Califica las páginas Web de los demandados como archivos informatizados de datos, accesibles desde Internet, que en el caso de los buscadores, están respaldados por inmensas bases de datos y software diseñados para brindar información de acuerdo a los criterios de búsqueda de los datos empleados por los usuarios.-

Destaca que para identificar una página Web en Internet se utilizan los identificadores denominados “nombres de dominio”, explica la forma en cómo se registran y la ausencia de normativa protectoria a su respecto, lo que genera que otras personas, al igual que ella, vean burlados sus derechos personalísimos al ser incluidas en páginas de Internet que en nada se compadecen con su pensamiento y actividad, lo que se ve alentado por el carácter gratuito del registro. Por esa razón concluye en que la posibilidad de registrar nombres de dominio en forma gratuita, sin requisitos previos, con la posibilidad de ocultar o falsear la identidad del registrante, crear páginas Web y difundirlas en Internet a través de los buscadores, sin constatar la licitud de sus contenidos, tal como ocurre con las demandadas, permitió la proliferación de conductas que infringen sus derechos personalísimos.-

Explica cómo operan los buscadores, el modo en como procesan, editan y seleccionan la información, recomiendan páginas Web. Refiere que una vez que el usuario envía la información, los buscadores incluyen la página remitida y manifiestan que la información recibida podrá ser revisada antes de su inclusión y no () garantizan la publicación del sitio. Transcribe la información que proveen las demandadas en este sentido, relacionado con las condiciones y términos de uso (ver fs. 111).-

Asegura que las demandadas se reservan la facultad de dar de baja cualquier sitio Web ya indexado, cuando no es funcional.-

Concluye –tras explicar el modo en que operan en que la forma en que han sido diseñados los buscadores, hace muy difícil escaparles, ya que de una u otra forma los programas rastreadores encuentran y publican toda la información que son capaces de obtener y difundir sin medir las consecuencias.-

Afirma que es la propia estructura de los buscadores la que permite y provoca la violación de su imagen. Refiere que el problema se genera, cuando los buscadores y/o facilitadores de información, indexan páginas ilegales o que violan derechos de terceros, en cuya difusión el buscador se convierte, en un efectivo facilitador, ya que de otro modo, los sitios en cuestión resultarían desconocidos o ignorados por la mayoría de los usuarios de Internet.-

Insiste en que es la propia estructura de las bases de datos que sustentan a los motores de búsqueda de las demandadas, la que facilita el acceso a los Web sites creados por otros usuarios, que difunden su existencia y vinculan indebidamente su nombre con esos sitios, ya que jamás autorizó a los accionados para que utilicen su nombre para lograr enlaces y vínculos, ni usen sus imágenes en el sistema de búsqueda de imágenes. Remarca que de esa manera se viola el art. 31 de la ley 11.723.-

Expresa que los buscadores usan para incluir las páginas Web en sus motores de búsqueda los “meta tags”, cuya función es identificar el contenido de una página y que contienen una descripción general o palabras claves que son utilizadas por algunos motores de búsqueda, para incluirlos en su base de datos. Permiten que los buscadores identifiquen y resalten elementos de los sitios Web que consideran de interés, tales como descripciones, palabras claves y hasta textos ocultos. Los analiza y concluye que las Web que contienen meta tags o fragmentos de página, perjudican derechos de terceros, motivo por el cual no es utilizada por todos los buscadores, pero si por las accionadas.-

Indica en qué consiste la “picardía” de los titulares de los Web sites para manipular la posición en que aparecerán ubicados en los resultados de búsqueda efectuadas por los buscadores y que los buscadores

que operan en forma seria y responsable los evitan.-

Cuenta como se enteró de la aparición de su nombre e imagen en los buscadores de las demandadas. En ambos casos relacionado con venta de sexo, pornografía, etc., sin su expreso consentimiento. Cuenta que cada persona que ingresa su nombre en los buscadores, obtiene como resultado una serie de enlaces a diferentes páginas Web que la vinculan con páginas de contenido sexual, amén que la búsqueda por imágenes permite imprimir, modificar, ampliar o formar un book con fotos suyas.-

Asegura que si los buscadores de las demandadas, no le brindaran a los titulares de las páginas Web la posibilidad de difundir su ilícita actividad por medio de los motores de búsqueda, el daño provocado sería mucho menor o casi nulo, ya que muy pocas personas la vincularían con esos sitios, los que seguramente ni siquiera conocerían. Afirma que la directa vinculación que Google y Yahoo hacen entre su nombre y esas páginas Web, es la causa del desprestigio hacia su persona.-

Cita abundante doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera.-

Considera, que es responsabilidad de las demandadas controlar lo que incluyen en sus bases de datos y motores de búsqueda para luego difundirlo, a lo que se agrega – conforme lo que a su criterio surge de la medida cautelar - que no existe constancia alguna que permita suponer que los propietarios y/o responsables de los Web sites que las accionadas incluyen en sus buscadores, hubieran solicitado dicha inclusión. Indica en este sentido, que si algún propietario del Web site decide quitar determinada información de su página Web, los buscadores se toman la prerrogativa de continuar publicándolos, aún caducos, durante el periodo de tiempo que arbitrariamente consideren necesario. Indica que aún cuando determinada página Web deja de existir, los propios buscadores permiten ver su contenido a través de la función búsqueda en “cache”.-

De lo que expone, concluye en que las demandadas, tienen conocimiento de los contenidos que publican como resultados de búsquedas que hacen los

usuarios, no sólo porque los incorporan en sus propias bases de datos, sino también porque los conservan durante un plazo mayor al de su propia existencia y facilitan el acceso de millones de usuarios a través de la gran difusión que tienen en todo el mundo. Por lo tanto, a su juicio, si no lo controlan o no lo quieren controlar, es parte de su negocio y como tal deben asumir los riesgos que su decisión empresarial trae aparejados.-

Indica, en definitiva, que los sistemas para realizar el tratamiento automático de datos de la información, necesariamente deben conocer, entender y valorar esa información, para luego poder mostrarla de acuerdo a los criterios que el propio sistema de información pose. Afirma que los buscadores de las demandadas son páginas Web que recolectan información publicada en millones de páginas Web site, que esos buscadores están soportados por bases de datos que ordenan esa información: la entienden, la valoran, la indexan y clasifican de acuerdo a determinados parámetros para satisfacer las búsquedas de sus usuarios. Más tarde, ante determinada búsqueda, hacen publicaciones de contenidos que no son de su autoría y cuyos propietarios no han autorizado previamente incorporarlos en sus bases de datos, ni a tratarlos, ni a indexarlos, ni a clasificarlos y mucho menos a publicarlos. Por tales motivos, sostiene que los buscadores son responsables de las publicaciones que realizan, son quienes decidieron hacerlas y definido la forma y oportunidad en que lo hacen.-

Destaca que la conducta de las demandadas en cuanto difunden su nombre e imagen, queda encuadrada dentro del concepto de dolo o culpa, porque tienen conocimiento de los contenidos publicados y la posibilidad técnica de haber adoptado las medidas necesarias para evitarlo. En definitiva, que poseen control de las actividades que realizan.-

Se refiere al uso indebido de su imagen.-

Formula su reclamo indemnizatorio. Especifica los rubros y montos que lo componen.-

Funda su pretensión en derecho y ofrece prueba.-

II.- A fs. 183 se amplió el ofrecimiento de prueba.-

III.- A fs. 474/538 se presentó Yahoo de Argentina SA. Contestó la demanda y solicitó su rechazo con expresa imposición de costas.-

Formula una negativa categórica y pormenorizada de los hechos expuestos en el escrito inicial.-

Explica que debido a su lícito accionar la actora pudo detectar que sitios de Internet, de titularidad de terceros y ajenos a Yahoo, utilizan su imagen y nombre con fines que no habrían sido autorizados.-

Asegura que su actividad se asimila a la de un índice de una gran biblioteca, que se limita a facilitar, por medio de sus buscadores, la localización de diversos contenidos de propiedad de terceros que fueron publicados en Internet, sin tener responsabilidad por dichos contenidos.-

Efectúa la comparación de su actividad con la del índice de una biblioteca, para rematar en que si alguna de las obras que surgen del índice agraviara a un tercero, no puede decirse que las bibliotecas que realizaron tal reproducción sean responsables por el agravio, sino el autor del libro.-

Con relación al buscador de imágenes, informa que tampoco podría decirse que al reproducirlas – utilizando el ejemplo anterior-, la biblioteca lucró o utilizó en forma ilícita su contenido.-

Aclara que los centenares de buscadores que existen en el mundo localizan sitios de terceros mediante la reproducción de parte de sus contenidos, toda vez que el contenido de los sitios de Internet es público.-

Explica en qué consiste su actividad y que entre ellas se encuentra la de ser un buscador de sitios que publican imágenes, noticias y videos.-

Destaca que el servicio de Internet se encuentra amparado por la normativa que allí cita.-

Indica la diferencia existente entre los proveedores de contenidos y los proveedores de servicio o “Isp”. Los primeros son aquellos sitios que publican información en la “WWW”, los segundos son los que realizan las prestaciones necesarias para que los Inter nautas puedan acceder a los contenidos

publicados por los primeros.-

Asegura que la inexistencia de los motores de búsqueda tornaría disfuncional el uso de Internet.-

Refiere que los buscadores no son proveedores de acceso ni de contenido, sino que son proveedores de servicios y su servicio consiste en guiar al ínter nauta hacia los sitios de terceros que publican una palabra que coincide con las palabras objeto de su búsqueda.-

Expresa que existen distintos tipos de buscadores de contenidos publicados por terceros que se corresponden con los diferentes tipos de contenidos. Que Yahoo opera con 4 motores de búsqueda para distintos tipo de contenidos de Internet (sitios en general, de noticias, sitios que además contienen imágenes y sitios que además contienen videos) y que la actora sólo cuestionó dos de ellos: los de sitios y los de imágenes. Explica allí como funcionan ambos y la tecnología que se utiliza.-

Asegura que los buscadores son herramientas informáticas que operan de modo totalmente automático, carecen de razonamiento, discernimiento, criterio e inteligencia.-

Informa como opera el buscador ante una búsqueda y que los ínter nautas sólo podrán visualizar los contenidos publicados en alguno de los sitios de terceros listados en los resultados de la búsqueda si “abandonan” el sitio de Yahoo e ingresan al sitio del tercero. Destaca que en ninguna parte dentro del buscador de sitios se muestran imágenes de alguna cosa o persona.-

Se refiere a la cantidad de resultados que aparecen ante alguna búsqueda, las limitaciones técnicas propias del buscador, como así también que sólo localiza aquellos sitios que cumplan con ciertos criterios, tales como: interés general, relevancia de su contenido, cantidad de contenido. Dicha localización y el criterio de evaluación lo hace en forma automática el sistema, por lo que no se trata de una evaluación subjetiva o humana, sino robotizada.-

Explica que existen sitios que no aparecen dentro de los resultados de búsquedas porque no desean

ser rastreados, aunque lo cierto es que la mayoría de los sitios desea serlo y para ello se utilizan los “meta tags”, que permite que sean localizados más eficazmente y en mejores posiciones dentro de los resultados.-

Fundamenta toda su línea argumentativa en que Yahoo no conoce el contenido de los sitios, ni los preselecciona cuando muestra su resultado. Agrega que además, habida cuenta la cantidad de sitios que se publican, operativamente sería imposible poder ejercer un control sobre su contenido para luego preseleccionarlos. Remata en que tampoco está obligada, ya que no publica contenidos, sino tan sólo informa una parte de lo que otros sitios dicen y lo hace con una cita textual.-

Explica también como se posicionan los sitios dentro de los resultados, lo que Yahoo hace de manera automática y robótica. Manifiesta que los resultados patrocinados es un servicio que Yahoo ofrece y consiste en la posibilidad de un sitio Web para que aparezca dentro de los resultados de búsquedas en las primeras posiciones. Puntualiza que no cualquier sitio puede contratar ese servicio, sino que hay algunos que por su contenido no podrán acceder –sitios pornográficos cuestionados-, si bien esto sería conveniente económicamente para Yahoo.-

Concluye en que Yahoo, en pos del derecho de libertad de expresión, no ejerce ningún control, censura o selección sobre los billones de sitios que automáticamente aparecen en los resultados de las búsquedas de posiciones automáticas –aun cuando con ello se beneficiaría- sino que muestra en forma destacada sólo aquellos cuyos contenidos considera que corresponden con sus políticas de no divulgación o promoción de determinado tipo de contenidos.-

Reitera que no conoce el contenido de los sitios que aparecen en los resultados de búsqueda, ni edita la descripción que acompaña a dichos sitios. Se refiere a los meta tags (cita textual) en idéntico sentido que la actora.-

Se refiere a su conducta diligente en la localización de contenidos y afirma que cada vez que Yahoo

recibe un reclamo acerca de la existencia de algún sitio con contenido ilícito o agravante y siempre que la denuncia pueda ser mínimamente comprobable, inmediatamente toma las medidas del caso y los excluye de sus resultados de búsqueda. Transcribe la cláusula 22 y 15 relacionadas con el procedimiento de denuncias e infracciones a los derechos de autor y propiedad intelectual como así también en lo referido a su falta de control sobre los sitios cuyos enlaces informa. Expresa que por ese motivo, informa a los ínter nautas que eventualmente podrá modificar o remover el acceso a los sitios que aparecen dentro de los resultados.-

Explica como funciona el buscador de imágenes, en similar sentido que al buscador de sitios y señala que lo que si puede determinar el servicio es cuáles de las imágenes publicadas en la WWW tienen un texto asociado que coincida o responda a alguna de las palabras claves ingresadas por los ínter nautas. Por tal motivo, indica que por limitarse a asociar textos y localizar coincidencias exactas entre lo que el ínter nauta realmente quiere encontrar y lo que está publicado en la Web, lo que ocurre es que –como en autos- ante una búsqueda con el nombre de una persona o cosa aparezcan resultados que en nada se relacionen a esa persona o cosa determinada pero si con las palabras claves ingresadas. Afirma en este sentido, que Yahoo no tiene una galería con fotos de la actora, sino que simplemente informa los sitios de terceros que contienen imágenes asociadas con la palabra clave ingresada por el ínter nauta. Agrega que ninguna de las pequeñas imágenes con que Yahoo informa los sitios que contienen imágenes y una palabra clave objeto de búsqueda y que aparecen en los resultados de su buscador, se relaciona con sitios de contenido pornográfico o asocia a la actora con alguno de ellos o con publicidad de ningún tipo.-

Se refiere al modo en cómo se muestran las imágenes en el buscador: en formato reducido y con menor resolución a la del sitio que las contiene, por lo que el ínter nauta sólo podrá agrandar la imagen o acceder a su tamaño original o eventualmente descargarla y utilizarla, siempre que salga de Yahoo e ingrese al sitio que la publicó. Indica que esas

imágenes reducidas que aparecen en los resultados de búsqueda tienen como único fin informar qué sitios además de contener imágenes, contiene alguna de las palabras ingresadas. Destaca que además de las imágenes reducidas, aparece un link que es el que permite acceder a la página de Internet que publicó esa imagen. Agrega que los ínter nautas en ningún caso estarán viendo imágenes que Yahoo ha publicado o creado y que para acceder a ellas indefectiblemente deberá redireccionarse al sitio que origina esa imagen.-

Puntualiza que en cumplimiento de la medida cautelar decretada, dejó de informar los sitios de terceros que contienen el nombre de la actora e imágenes, pertenezcan o no a ella.-

Analiza el caso desde del punto de vista legal. En tal sentido asegura que Yahoo no realiza ninguna actividad ilícita.-

Destaca que la actora es una persona pública que se beneficia con el uso y comercialización de su imagen, que ha tenido innumerables producciones fotográficas y declaraciones sobre su vida privada y que si su nombre e imagen es utilizada por terceros o para ser asociadas a contenidos pornográficos, dicha situación es ajena a Yahoo.-

Destaca los argumentos legales que fundamentan la locación de todo tipo de sitios por medio del buscador, tales como la inexistencia de prohibición o restricción legal, la aplicación de la ley 26.032, el derecho de cita contemplado en la ley 11.723.-

Señala que Yahoo no es partícipe de informar sitios cuyos contenidos podrían perjudicar a terceros y brinda la posibilidad de que cualquiera notifique acerca de la existencia de este tipo de contenidos a los fines de excluirlos de sus resultados. Transcribe el texto de las condiciones de servicio (ver fs. 495) y asegura que la actora ni siquiera notificó a Yahoo para que tuviera conocimiento del hecho y tomara las medidas pertinentes.-

Se refiere a la falta de presupuestos de la responsabilidad civil.-

Afirma que la actora, desde que tomó conocimiento de su vinculación con los sitios pornográficos

cuestionados y los de imágenes, no adoptó medida alguna ni cursó intimación contra dichos sitios a fin de solicitarles la exclusión de sus contenidos.-

Concluye en que lo que habría ocasionado eventualmente los daños que reclama, es la publicación de su nombre y/o imágenes en Internet en los sitios de terceros y no la publicación por parte de Yahoo de links (texto o imágenes) a esos sitios.-

Sostiene la ineficacia respecto de la inclusión de esos links que igualmente siguen siendo localizados por otros buscadores, amén de que la exclusión que Yahoo haga no impide que en un futuro los propietarios de esos sitios u otros terceros creen y publiquen en la WWW otros sitios con contenido ofensivo o ilícito para la actora e incluyan menciones a ella, ya que de ocurrir, el buscador de sitios automáticamente podría mostrarlos en los resultados de búsqueda.-

Cita jurisprudencia y legislación argentina y extranjera.-

Impugna los rubros reclamados y sus montos.-

Ofrece prueba.-

Solicita se cite como terceros a la totalidad de los sitios pornográficos cuestionados en su calidad de titulares y responsables de las consecuencias derivadas de la publicación del nombre y/o imágenes de la actora en sus sitios.-

IV.- A fs. 543/553 la parte actora contestó el pedido de citación de Terceros.-

V.- A fs. 563 se rechazó el pedido de citación de terceros.-

VI.- A fs. 579 se abrió la causa a prueba y se produjo toda la conducente y que se tiene presente.-

VII.- A fs. 1678 se colocaron los autos a tenor del art. 482 del Código Procesal y a fs. 1684/1752, 1754/1768 y 1769/1850 se agregaron respectivamente los alegatos de la parte actora, Google Inc y Yahoo Argentina SA.-

VIII.- A fs. 1852 quedaron las actuaciones en estado de dictar sentencia, y CONSIDERANDO:

En primer lugar, dada la repercusión procesal que ello acarrea, corresponde destacar respecto del demandado Google Inc que como consecuencia del incumplimiento de la obligación procesal a su cargo, habiendo abdicado del derecho de contestar demanda manteniéndose pasivo durante el plazo que la ley asigna para alegar hechos, ofrecer pruebas y pronunciarse sobre el derecho invocado por la contraparte, su silencio puede ser susceptible de adquirir plena fuerza de admisión de los hechos lícitos y pertinentes, y en cuanto a los documentos, se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso. (art. 356, inc. 1º, del ordenamiento ritual).-

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que la referida incontestación de la demanda no importa necesariamente el derecho del actor a obtener lo reclamado; simplemente cabe deducir del texto del art. 356, inc. 1º, del código ritual, que autoriza computar la presunción favorable a las pretensiones de aquél, la cual podrá ser avalada por la prueba corroborante, o destruida por prueba contraria, debiendo en cada caso valorarse la conducta de las partes y los elementos de convicción arrojados a los autos (conf Morillo-Sosa-Berizonce: “Códigos Procesales en lo Civil y Comercia...Comentados y Concordados”, t. IV-B, p. 532 y abundante jurisprudencia allí citada).-

A los fines de un adecuado análisis de la cuestión litigiosa, ha de apreciarse el encuadre jurídico bajo cuyos límites deberá evaluarse el material fáctico descrito.-

Se ha considerado que la responsabilidad es calificable como contractual cuando hay un deber preexistente que es específico y determinado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado. En cambio, se la ubica en la órbita extracontractual cuando hay un deber preexistente que es genérico (deber general de no dañar), e indeterminado de los sujetos pasivos, que viene impuesto por la ley y que rige por el mero hecho de la convivencia social (conf. CNCiv, Sala “C”, J.A. 24/2/98, con cita de Atilio A. Alterini - Oscar J. Ameal - Roberto M. López Cabana: “Derechos de Obligaciones Civiles y Comerciales”, p. 152, nº 362, y doc. Allí cit.). El origen de la responsabilidad contractual

es el incumplimiento de la obligación preexistente, específica y determinada; mientras que el de la extracontractual es la violación de un mero deber no obligacional (ob. cit., p. 153, nº 365).-

Aceptada en el caso la inexistencia de todo vínculo contractual entre la actora y los demandados, es claro que debe ser examinado a la luz de las normas que gobiernan la responsabilidad aquiliana.-

Y como en toda hipótesis de responsabilidad civil, para que surja el deber de reparar es necesario que concurren una serie de requisitos o presupuestos: el hecho humano, el daño, la relación de causalidad, la antijuridicidad y el factor de atribución de responsabilidad.-

De todos esos elementos, en el estado actual de nuestra doctrina, el daño es el que asume el mayor protagonismo, puesto que constituye el presupuesto central de la responsabilidad civil. Es que, como sostiene Orgaz, el problema de la responsabilidad civil del agente comienza a plantearse, cuando existe un daño causado. Recién en presencia de ese daño, el intérprete tiene que preguntarse luego si medió antijuridicidad, relación causal y un factor de atribución. A la inversa, si no hay daño alguno, resulta superfluo indagar la existencia o no de los otros presupuestos. En resumen, para exista punibilidad civil resulta imprescindible la producción del daño, puesto que sin dicho elemento no hay responsabilidad (art. 1.067 del Código Civil).-

Explicado ello, en función de los hechos expuestos en el escrito introductorio de la instancia, a modo de razonamiento liminar, vale puntualizar que se entiende por imagen personal, en sentido amplio y realista la representación o reproducción de la figura de una persona física, cuando se hace de modo tal que resulta fácilmente reconocible la persona de que se trata, incluso aunque la semejanza no sea perfecta (Emery, Migue Angel: “Propiedad intelectual”, p.31, con cita de Perez-Solero Puig y Gitrama). Habrá cuestión en torno al derecho a la imagen, cuando se esté ante la reproducción, total o parcial, de una figura humana que resulte identificable.-

Este derecho a la imagen encuentra tutela genérica

en el art. 33 de la constitución Nacional, e incluso en su art. 19. Y de manera concreta en el art. 31 de la ley 11.723, que si bien literalmente se limita al supuesto del “retrato fotográfico” de una persona, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que esta disposición se aplica por extensión analógica a cualquier otra forma de reproducción de la imagen de la persona, tales como la imagen móvil, cinematográfica o televisiva, los dibujos, las esculturas, las representaciones teatrales y las caricaturas, a lo que debe agregarse ahora la difusión o reproducción por Internet, en tanto sea posible identificar a la persona retratada (arg. CNCiv, Sala I, 31/8/95, ED, 174-229, con nota de Cifuentes, Santos, Difusión no autorizada de la imagen de un menor).-

La mencionada norma prescribe que el retrato fotográfico de una persona, expresión que debe ser interpretada de la manera extensiva que precisé, no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre (primer párrafo, parte primera). Esto con la aclaración que la expresión “puesta en el comercio” utilizada en el precepto debe entenderse con criterio amplio, comprensivo de cualquier utilización comercial de la imagen (Emery, Migue Ángel: “ob. cit., p.177”).-

Cabe agregar, dadas las particularidades de este caso, que cuando la imagen es utilizada profesionalmente, otras normas que tutelan este derecho deben ser convocadas, como el art. 56 de la ley de Propiedad Intelectual mencionada, y desde luego la normativa que se desprende de la convención colectiva de trabajo pertinente y los usos y costumbres que atañen a la actividad involucrada.-

La jurisprudencia y la doctrina nacionales se inclinaron decididamente por reconocer al derecho a la imagen una esfera jurídica autónoma, y por distinguirlo de otras figuras afines como el derecho al honor, a la identidad o, principalmente, a la intimidad (Emery, Migue Ángel: “ob. cit., p.171”).-

En esta línea, se ha decidido entre muchos otros casos que se pueden citar, que el derecho a la imagen debe protegerse en sí mismo, y con independencia de que su utilización lesione o no algún otro bien jurídico, como ser el derecho al honor o el de intimidad, en razón de que toda persona tiene que tener la posibilidad de desarrollar su personalidad sin la presión del medio social (CNCivi, sala B, 31/03/2006, Berguer, Carlos A. y otro c. Periodismo Universitario S.A., RCyS 2007-II, 109.-

En rigor, la protección de la propia imagen ocupa, junto con la de la intimidad y el honor, un rango igualitario de derechos dentro de esa gran categoría que la doctrina moderna denomina derechos personalísimos. Alcanza de esta manera autonomía propia, tal como ya se lo explicitara, lo cual no significa que en algunas situaciones no pueda menoscabarse, por medio de la violación del derecho que cada individuo tiene a su propia imagen, su honor o su intimidad (Zannoni-Biscaro: “Responsabilidad de los medios de prensa”, p. 105).-

Esta última prerrogativa que mencioné, a la intimidad, ha sido caracterizada como el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos. La palabra intimidad está utilizada como sinónimo de vida privada, de soledad total o en compañía, que el quid de la cuestión no está en que se tome conocimiento, que el ataque puede consistir en la “publicidad” que se dirija a poner un hecho en conocimiento de los demás o en cualquier hostigamiento, perturbación, etc., aunque su fin no sea la publicidad (Belluscio-Zannoni: “Código Civil, Comentado, Anotado y Concordado”, t. 5, p. 73).-

No obstante que el derecho a la intimidad encuentra una protección específica en el art. 1071 bis del Código Civil, el art. 31 de la ley 11.723, complementa la protección de la intimidad, del mismo modo que el otro dispositivo citado vino también a complementar la tutela del derecho a la imagen y a suplir el vacío legal que existía en la protección contra la captación

no autorizada de aquélla. Repárese en que si bien hay consenso doctrinal y jurisprudencial en cuanto a que el derecho a la imagen protege tanto la publicación y difusión de ésta, como su mera captación, el art. 31 se limita a prohibir su difusión – puesta en el comercio - y la captación no autorizada de la imagen que se encuentra tutelada por el art. 1071 bis mencionado, en cuanto protege contra la intromisión arbitraria en la vida ajena (Emery, Migue Ángel: “ob. cit., con cita de la CNCiv, Sala A, 24/4/85, JA, 1996-II-584; Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil, p. 393).-

El derecho al honor, por su parte, ha sido definido por De Cupis como “la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma”. La definición abarca tanto el llamado honor objetivo, que es la valoración que otros hacen de la personalidad ético - social de un sujeto, como el subjetivo, representado por la autovaloración o aprecio por la propia dignidad. La consideración social, el respeto y aprecio de terceros, unido al sentimiento o conciencia de la propia dignidad son elementos expuestos a la ofensa y requieren de la tutela del ordenamiento (Cifuentes, “derechos personalísimos”, p. 456/7).-

La sola posibilidad de que el nombre y la imagen de la actora pudiera asociarse a páginas de contenidos pornográficos, de oferta de sexo o similares, tales como www.argentinas-famosas.com.ar, www.argenchicas.com.ar y www.famosasyactrices.com, con solo incluir su nombre y apellido en los buscadores de sitios y por imágenes de los demandados, es suficiente para lesionar todos los derechos involucrados. Por tanto, considero que con el acta de constatación de fs. 1/vta, y las constancias agregadas al sobre de documentación reservada, del expediente n° 60.115, del año 2006, caratulado: “Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina SRL y otros s/ medidas precautorias”, en trámite por ante este juzgado y que para este acto tengo a la vista, sumado a los restantes elementos de juicio agregados a esa causa y a este expediente, entre los que cabe computar la declaración de su representante, A. A. L., donde se describe el perfil profesional de la demandante

y los inconvenientes generados por los hechos que motivan estos actuados (fs. 7746/7 vta.), alcanza para tener por comprobado este presupuesto de la responsabilidad civil.-

En efecto, este testigo, Adrián Alberto Loureiro, como dije representante de la demandante, declaró que ella tuvo complicaciones con los buscadores, lo que les trajo un enojo de bastante tiempo. Destacó que hace unos años detectaron que su nombre e imagen estaban vinculadas con páginas pornográficas, lo que les aparejó inconvenientes no solo en lo profesional sino también en lo personal, ya que debió dar explicaciones a familiares y amigos. Agregó que él tuvo que dar explicaciones por la actora y otras representadas afectadas. Luego cuenta la anécdota del llamado del canal para contratar a Krum de ABC de EEUU, que son los que hacen TV junto con Fox, oportunidad en la que si bien no podían aceptar el contrato que se les ofrecía para hacer una miniserie, porque ya tenían otro celebrado para desarrollar Montecristi, recuerda que le preguntaron “...si sabía que cuando ponía Paola Krum en el buscador google estaba vinculada a páginas pornográficas...”, lo que motivó las explicaciones pertinentes (fs. 746 vta., respuesta a la 5ta pregunta). El testimonio es contundente, y no deja dudas acerca de la existencia de perjuicios.-

Acreditada la existencia del daño, otro elemento que necesariamente debe estar presente para que opere la responsabilidad, tal como se lo adelantara, es la relación de causalidad. En cuanto al criterio de apreciación que permite saber cuándo existe relación de causalidad entre un hecho y un daño, nuestra legislación recepta la teoría de la causación adecuada (art. 906), según la cual, la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que vincula a un hecho antecedente con otro consecuente, cuando aquél tiene la virtualidad de producir a éste según el curso natural y ordinario de las cosas, sea por sí sólo, sea por la conexión con otro hecho que invariablemente acompaña al primero. Este tipo de conexión causal es considerado en todo supuesto de responsabilidad para medir el daño resarcible.-

La determinación de la relación de causalidad implica precisar la vinculación que existe entre el

acto y sus consecuencias, con el objeto de fijar el alcance de la obligación de indemnizar que nace para el agente de la comisión del hecho ilícito; vale decir, la extensión del resarcimiento encuentra su medida y límite en la relación causal.-

Como principio general en esta materia, integran el resarcimiento, los daños que son consecuencia inmediata según el curso normal y ordinario de las cosas (art. 901 del Código Civil), y mediata previsible de la conducta asumida, o que hubieran podido ser previstas empleando la debida atención y conocimiento de las cosas (arts. 903 y 904), pero no las causales o fortuitas, que al tener como nota esencial la imprevisibilidad, quedan en principio y salvo casos de excepción, excluidos del marco de atribución del agente(art. 905).-

Debemos entonces partiendo de los hechos probados, evaluar si ellos conducen, conforme al curso natural u ordinario de las cosas a un determinado resultado final, teniendo especialmente en cuenta la previsibilidad del mismo.-

Se ha de plantear la cuestión en abstracto, teniendo en consideración lo que ordinariamente sucede. La diligencia objetiva ha de determinarse según la clase de actividad de que se trate, y que puede esperarse de una persona normalmente razonable y sensata, perteneciente a la esfera técnica del caso (conf. Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino", t. II, pág. 242).-

De las pruebas colectadas fluye con nitidez que el acceso a las páginas contenidas en la red de redes es potenciada de una manera impresionante por el servicio que prestan los buscadores. Basta para ello con remitirse a la peritación rendida en esta causa, donde con toda contundencia se informó que los buscadores constituyen una herramienta casi imprescindible para la localización de la información publicada en la red (fs. 859, respuesta al punto A. 1 de la demanda Yahoo), y a los informes de la Asociación Argentina de Marketing Directo e Interactivo (fs. 693/4) y de la Cámara Argentina de Internet (fs. 749/58, respuesta a la pregunta 13). En el primero de dichos informes expresamente se consigna que se calcula que el 80 % de los usuarios

Argentinos entraron al menos una vez a Google en el último mes y el 45 % Yahoo (fs. respuesta a la pregunta 13), lo cual revela a las claras el rol decisivo que los demandados tienen en el tráfico de información y en el acceso a ella. Excepción hecha del caso particular en que el usuario tiene cargada en "favoritos" la URL o la sabe de memoria, es de público y notorio que los navegantes de la red se sirven de los buscadores para localizar la información que requieren.-

Ello así, cabe tener por comprobada la relación de causalidad entre el daño producido por el contenido ilegal, deshonesto e inmoral de las páginas cuestionadas y la actividad que despliegan los demandados, porque sin ella el acceso a los sitios sería infinitamente menor.-

Asimismo, si se descarta la existencia de contrato entre la actora y los demandados, de las consideraciones efectuadas fluye que mediante el daño cometido se ha perpetrado una violación al genérico deber jurídico de no dañar a otro, alterum non laedere, lo cual patentiza la antijuridicidad del acto.-

Sentado ello, a esta altura del análisis, la pregunta que cabe formular es si los ISP accionados deben responder civilmente por los daños y perjuicios ocasionados a la actora por los contenidos claramente ilegales de las páginas, que resultan a todas luces ultrajantes e injuriosos, pero que han sido publicados por terceros, no demandados en estos actuados.-

Lo que debe indagarse en suma, es si en este caso existe una razón suficiente que justifique que el daño que ha sufrido la actora, se traslade económicamente a los demandados. En otros términos, si se configura la existencia de algún factor de atribución capaz de conectar la responsabilidad de los buscadores.-

En este contexto, según Ester María Pugin de Isola, siguiendo a Gerardo Ancarola (Libertad de Prensa, un fallo de la corte Suprema de Justicia sobre el derecho a la intimidad, publicado en LA LEY, 2002-A, 13), constituye una cuestión de suma importancia la protección de los derechos de la persona en general

y de los derechos personalísimos, en particular, frente a la agresión (producida o a producirse) por parte de los medios de comunicación, dado que, por pregonar la libertad de prensa, se ve naufragar muchas veces, atacadas por publicaciones indebidas, a las prerrogativas fundamentales del ser humano, como lo son el honor, la intimidad, o la imagen. Hace referencia a la Internet, manifestando también que la misma tiene la particularidad de estar basada en dos pilares: La libertad y la desregulación. En efecto, la libertad para ingresar y desenvolverse en ella, recibiendo y ofreciendo la más variada información. La desregulación es consecuencia de la imposibilidad material de los Estados y personas de interferir las comunicaciones y de establecer límites tecnológicos para su funcionamiento. El único censor o autocensor que admite Internet es la voluntad del propio usuario. Pero si bien existe esa imposibilidad de implementar ciertos tipos preventivos de control para alguno de sus operadores, esto no significa que su ejercicio esté exento de responsabilidades ulteriores cuando se incurre en un acto ilícito. Pero las normas jurisdiccionales y doctrina que fueron aparentemente satisfactorias para regir la libertad de expresión a través de los medios gráficos y electrónicos clásicos resultan manifiestamente insuficientes para cumplir un papel similar en el siglo XXI. No existe en el Derecho argentino ni en el Derecho francés legislación que resuelva el punto, de modo que la solución está en manos de la jurisprudencia que se maneja con un criterio variable. (“Responsabilidad de los medios de Prensa, La culpa y los medios objetivos de imputación”, Revista de Derecho de Daños, 2006-3, Creación de riesgo-I pág- 187, Editorial Rubinzal - Culzoni, año 2007).-

Con relación a esta opinión, coincido con la crítica que se desliza en el primer voto del precedente de la Alzada que luego se cita, en cuanto no se comparte totalmente este concepto y se sostiene que en realidad debió hacer referencia a que la jurisprudencia nacional se “maneja” en su caso con las normas de derecho de los cuales dispone.-

En esta senda, vale resaltar que nuestro medio, más allá de los proyectos que existen, todavía carece de una regulación específica que contemple la

responsabilidad de los ISP (Proveedores de servicios de Internet). Se encuentra sí vigente el decreto 1279/97 que declara que el servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social.-

También cabe traer a colación la ley 26.032/05 que establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.-

Siguiendo este derrotero, vale resaltar que en nuestra Constitución Nacional, la libertad de publicar ideas por la prensa halla una fuerte protección, condensada en dos normas que regían antes de la reforma de 1994, y que permanecen luego de ella tal como habían sido concebidas: los arts. 14 y 32. El primero, reconoce a todos los habitantes el derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa; la otra, prohíbe al Congreso de la Nación el dictado de leyes que restrinjan la libertad de prensa.-

Esta normativa constitucional guarda plena armonía con lo dispuesto en los pactos internacionales sobre derechos humanos incorporados a nuestro sistema con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22). En todos ellos sobrevuela la misma idea: ausencia de controles previos -esto es, prohibición de censura previa, en cualquiera de sus manifestaciones- y responsabilidad ulterior del medio que publica informaciones falsas, inexactas o agraviantes (conf. Pizarro, Ramón D.; “trabajo cit.).-

Se ha decidido en esta línea que “El derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar

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

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

Las normas que deben ser aplicadas entonces, a los daños causados por los medios de prensa en general, si se prescinde de la difundida teoría de la real malicia, ante la ausencia de leyes especiales en la materia, no son otras que los arts. 512, 902, 1109 y 1071 del Código Civil, al menos para la mayoría de nuestra doctrina, que rechaza la idea de la responsabilidad objetiva de los medios de comunicación basada en la aplicación a la actividad del art. 1113 del mentado texto normativo.-

Participo de la opinión que sostiene que también la responsabilidad civil de los buscadores debe ser juzgada conforme al esquema precedente, esto es, en base a la responsabilidad de naturaleza subjetiva, y no objetiva, como parece interpretarse en los congresos en forma mayoritaria a diferencia de lo que ocurre con los otros medios de comunicación social, ya que como se lo ha señalado, ellos no contribuyen a la generación del daño ni como autores ni como editores del contenido. El Buscador no es el creador del contenido dañoso ni tampoco el administrador del sitio donde el mismo se aloja. (Tomeo, Fernando, Responsabilidad civil de buscadores de Internet, www.laleyonline.com.ar, comentario al fallo “Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D (CNCiv) (SalaD) ~ 2010-08-10 ~ D. C., V. c. Yahoo

de Argentina S.R.L. y otro”).-

Tal como se lo explica en el mencionado decisorio, los buscadores actúan proporcionando una herramienta al usuario que utiliza la computadora para localizar los contenidos o la información por él definida, dichos contenidos o información no son creados o puestos en la red o editados por los buscadores (CNCiv, Sala D, fallo citado, voto de la Dra. Patricia Barbieri).-

El rol de los buscadores es facilitar a sus usuarios el acceso a páginas de Internet, que, en principio, presentan contenidos relacionados con las búsquedas realizadas. Pero quien o quienes deciden el contenido que se carga en cada sitio web, es precisamente cada sitio. Periódicamente recorren con programas de Internet, accediendo a su contenido, este contenido lo clasifican y almacenan, para ser utilizado por las búsquedas que se realizan en los buscadores (CNCiv, Sala D, fallo citado, voto de la Dra. Patricia Barbieri).-

Cohérente con este rol y con las características técnicas del buscador, se ha dicho que no basta que la información o el contenido existente en la web y encontrado a través de los buscadores sea erróneo y aún lesivo para el honor, la imagen o la intimidad de una persona para que ésta tenga derecho a que le sea reparado el perjuicio causado. Comprobado el exceso o la ilegalidad, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el buscador conforme al régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene la fórmula del artículo 1109 citado, y que sigue el principio “alterum non laedere”. Es decir, no basta la sola comprobación del daño para imponer el deber de resarcir, sino que es necesario probar el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo (CNCiv, Sala D, fallo cit. y sus citas).-

Sentado ello, cabe aclarar que el art. 512 del Código Civil nos brinda un concepto universal de la culpa que trasciende la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. Como precisa Salvat, de acuerdo con lo dispuesto por la norma sustancial citada, la culpa consiste siempre “en

la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. En otras palabras, el código no hace distinción alguna entre culpa contractual y culpa cuasidelictual. La noción es siempre la misma y es por eso que al tratar de los cuasidelitos se concreta a exigir la culpa como uno de sus elementos, sin darnos una noción especial de ella (ver Colombo, Leonardo A: “Culpa Aquiliana”, t. I, pág. 39). En rigor, lo que sucede es que hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa, lo cual incide en otros aspectos, tales como la extensión del resarcimiento, prueba, u otros que no viene al caso citar, por no tener trascendencia en la cuestión que aquí se debate, mas no en la noción que, como queda claro, siempre es la misma (ver Llambías, Jorge Joaquien: “Código Civil Anotado”, t. II-A, pág. 113/4).-

Tocante a la carga de la prueba, actor y demandado deben acreditar respectivamente los hechos sobre los que sientan sus pretensiones: el primero, el o los hechos constitutivos; y los segundos, el o los hechos extintivos, o en su caso, las condiciones imperativas del hecho constitutivo, pues es norma en materia de hechos ilícitos, que ambas partes aporten las pruebas de sus respectivas proposiciones, deparando al magistrado la convicción de cuanto dicen. A los hechos no probados se los tiene por inexistentes (conf. Couture – Fundamentos nº 157, y art. 377 del Código Procesal).-

Delineado de esta manera el marco jurídico aplicable al caso, corresponde ahora analizar las restantes pruebas rendidas en la causa que sean conducentes para la decisión del entuerto. Se impone en este sentido realizar un análisis previo de los elementos de juicio que den una idea certera de las características de la actividad que desarrollan los accionados, a fin de evaluarla, con las adaptaciones pertinentes, a la luz de los lineamientos de la culpa definidos en nuestro ordenamiento.-

En la peritación de fs. 800/919, se acompañan impresas las condiciones de uso del servicio del buscador yahoo. En el capítulo dedicado a “enlaces”, se lee: “El servicio o terceras personas

podrán proveer enlaces a otros sitios o recursos en la World Wide Web. Considerando que Yahoo! No tiene control! Sobre tales sitios y recursos Ud. reconoce y acepta que Yahoo! No será responsable por la disponibilidad de dichos sitios y recursos externos, y no los respalda ni es responsable o tiene obligación legal! Por el Contenido, comercialización, productos u otros materiales en los sitios o recursos disponibles desde dichos sitios o recursos. Además Ud. reconoce y acepta que Yahoo no será responsable o estará obligado, directa o indirectamente, por ningún daño o perjuicio causado por el uso o la credibilidad en cualquier Contenido, bienes o servicios disponibles por medio de ningún sitio o recurso” (fs. 814). Algo parecido ocurre con el otro buscador demandado.-

Respecto del rol de las buscadores, el especialista señala que recorren la red de Internet recopilando la información sobre las páginas publicadas en ellas y sus contenidos, información que es almacenada en sus servidores. A partir de ella, los buscadores permiten a los usuarios obtener respuestas acerca de los contenidos existentes en la red internet relacionados con una búsqueda determinada. Añade, que cuando se efectúa una búsqueda de información en los buscadores, se efectúa una consulta en la base de datos en la que se registra la información recopilada y presentan resultados clasificados por su relevancia. De las Web, los buscadores pueden almacenar desde la página de entrada, a todas las páginas que residan en el servidor. Dado el inmenso volumen de información existente en la red los buscadores resultan una herramienta casi imprescindible para la localización de la información publicada (fs. 859, respuesta al punto A.1, de la demandada Yahoo).-

En la respuesta al primer punto de pericia de la parte actora, el perito explica que para actualizar sus contenidos los buscadores utilizan programas que contienen algoritmos de búsqueda predefinidos y en forma periódica recorren la red de internet identificando las páginas web publicadas en la misma, contenido que es clasificado y registrado en sus bases de datos para ser posteriormente procesado cuando deben responder a las búsquedas

realizadas por los usuarios de sus servicios, destacando que la modalidad de la frecuencia y modalidad de ejecución de éstas búsquedas es establecida por el Buscador (fs. 800).-

En otro tramo, relacionado con lo anterior, explica que la intervención humana en los buscadores se limita a la definición de la búsqueda a realizar y con qué criterios debe realizarse, una vez establecidos estos, los buscadores efectúan la búsqueda mediante el uso de programas informáticos desarrollados a este fin específico. Los resultados obtenidos como respuesta a las búsquedas son seleccionados y expuestos en un orden determinado en forma automática por los algoritmos establecidos por el proveedor del servicio. Precisa asimismo que todo el código utilizado para realizar estas tareas es diseñado y desarrollado por seres humanos (fs. 819, respuesta al punto 2). Especifica en torno a este último aspecto, más adelante, que en términos estrictamente técnicos no puede hablarse de intervención de seres humanos más que en lo que se refiere a la definición de los algoritmos que deberán ser incorporados a los programas de búsqueda y selección de resultados, ya que una vez establecidos estos algoritmos la selección se realiza en forma automática (fs. 880, respuesta al punto 2 de la demanda Yahoo). En el citado punto 2) lo que se le requirió al perito fue que explicara si la aparición de algunos o todos los Sitios pornográficos cuestionados en los resultados del Buscador de Sitios, en caso de haber aparecido, ha sido determinada en forma 100 % automática y sin intervención alguna de seres humanos.-

Luego describe la forma en que los buscadores de internet incorporan web sites a sus directorios. Menciona los “índices temáticos”, y en relación a los “motores de búsqueda”, explica: “también se los llama Robots o Arañas, son programas que recorren y revisan la Red en forma permanente con un sistema de búsqueda con palabras clave, siguiendo los links o enlaces para encontrar nuevas páginas que van incorporando a las bases de datos del Buscador” (fs. 817, respuesta al punto 3).-

En torno a los resultados, explica que con cada búsqueda que el usuario realiza a través del

buscador, este responde con información de las páginas requeridas. Acompaña copias impresas donde se muestra que el buscador identifica innumerables páginas asociadas con la búsqueda del usuario; cada página encontrada describe el sitio que la contiene y algunas líneas que informa sobre el contenido de la misma (fs. 819, respuesta al punto 7). A su vez, un poco más adelante, expresa que la publicación de las páginas es sin cargo, con la aclaración de que existe un servicio denominado “Enlaces Patrocinados” por el que se cobra una tasa específica por cada acceso a los mismos (fs. 820, respuesta al punto 10). Empero, vale destacar que en el mismo informe resalta que de la revisión realizada sobre el sitio de la codemandada no surge evidencia alguna para afirmar que esta promoción o avale el contenido de los sitios pornográficos (fs. 883, respuesta al punto 6, complementado con la respuesta al punto 7, de fs. 884 de la codemandada Yahoo).-

Asimismo, después de explicar que para visualizar los contenidos de un sitio que se publica dentro de los resultados de una búsqueda el usuario debe ingresar al sitio de tercero (fs. 891, respuesta al punto de pericia 12, de la codemandada Yahoo), señala la imposibilidad de que el buscador elimine o modifique esos contenidos, ya que ello implicaría acceder a sistemas de terceros (fs. 915, respuesta al punto 6 de la demandada Yahoo).-

Respecto de esta última cuestión, en respuesta a observaciones formuladas por la demandante, el experto aceptó que no solo se debe ingresar al sitio del tercero para obtener un resultado específico. Indicó que en efecto, como ya antes lo había expresado en otro punto de la pericia, la información requerida puede ser obtenida a través de otros mecanismos. Entre otros, el buscador con su 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 las páginas completas y desde esta memoria y sin necesidad de buscar en el sitio correspondiente (este puede tener el servidor caído o la página ha cambiado o incluso desaparecido), presenta el

resultado al usuario ante una requisitoria Por último los thumbnails o pequeñas miniaturas almacenadas que son presentadas ante una requisitoria, antes que a través del buscador se acceda a la página web donde se podría visualizar la imagen original (fs. 1077, respuesta al punto c).-

También el perito ratificó que la información que se incluye en las búsquedas depende de los criterios que define el mismo buscador, y luego de algunas apreciaciones concluye que entre otras formas para la incorporación de estos criterios los Buscadores usan "...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 las páginas a incluir en las Bases de Datos, así como información para publicar ante cada requisitoria de un usuario (fs. 1225, respuesta d).-

Ante otra observación, señaló también que el "caché" es un conjunto de datos duplicados de otros que son los originales. El buscador cuando recorre la Red con su Robot y accede por primera vez a un sitio guarda una copia en el "caché", 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 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 (fs. 1226, respuesta e).-

En otra parte de la respuesta a las aclaraciones, respecto de la cuestión del filtrado, el perito explicó que las actuales técnicas permiten a los Buscadores "filtrar" de manera muy concreta cualquier búsqueda de datos y que si bien puede no alcanzar el 100 % de efectividad, pueden mejorarse continuamente para alcanzar niveles muy elevados en cuanto a filtrado de información. Cita el fallo francés, donde se ordenó que Yahoo tenía que imposibilitar a los

navegantes franceses conectarse con la subasta de estos materiales ilegales, representados por recuerdos nazis, lo que fuera cumplido por la empresa a través de un software específico.-

Ratificó también el experto, como es de toda evidencia, que es absolutamente utópico imaginar que un sistema pueda identificar los millones de páginas existentes y además determinar si son verdaderos o falsas. Si existiera sería una especie de "máquina de Dios" capaz de juzgar y discernir en línea sobre los millones de contenidos publicados en internet. "...el desarrollo del sistema tiene todas la virtudes y todas las falencias propias de cualquier actividad humanas está lejos de esas capacidades Divinas...es probable que no se pueda eliminar un 100 % de la información cuestionada, pero las técnicas permiten alcanzar un alto nivel de filtrado" (fs. 1229/2, respuesta f). En el resto de las aclaraciones volcadas en la pieza procesal de fs. 1202/58, el perito ratifica las conclusiones a las que arribara en su primigenio dictamen.-

En lo pertinente, los informes emitidos por (AMADIA) Asociación de Marketing Directo e Interactivo (fs. 693/4), Cámara Argentina de Internet (fs. 749/58) y por (CABASE) Cámara Argentina de Internet (fs. 771/5), son, con algunas diferencias, concordantes.-

Explicado ello, cabe precisar que como parte del reclamo, la actora pretende la reparación de los daños y perjuicios que se le causaron en razón de haber avasallado sus derechos personalísimos tales como el honor, nombre, imagen, dignidad e intimidad, por haberla relacionado con páginas de Internet vinculadas con actividades pornográficas, venta de sexo y similares, a través de la inclusión de su nombre y apellido en los "buscadores Web".-

Y pide también, se lo explicitó al principio en la resultas, se condene a las demandadas a eliminar de sus "buscadores Web" toda vinculación entre su nombre y los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico denunciados en el expediente de medidas cautelares citado; y por último a 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 todos los sitios Web de contenido sexual, pornográfico, oferta de sexo y similares.-

Algunos de estos aspectos son de dudosa resolución, porque en un tema tan novedoso como el involucrado en estos autos, con escasos precedentes, se hace necesario definir los perfiles de la culpa, a fin de adaptarlos a una actividad que tiene una enorme importancia en el ámbito de la búsqueda y difusión de la información y que como ya se lo señalara, se caracteriza en la actualidad por la desregulación.-

Entre los autores que postulan para los buscadores una responsabilidad subjetiva, basada en la culpa o dolo, corriente a la que adhiero, existe una diferencia importante en punto a la manera de configurarse la culpa, ya que mientras para un sector la responsabilidad subjetiva es atribuible a partir del momento en que el buscador es notificado por el damnificado que el contenido al que se accede en virtud del motor de búsqueda le causa daño, para la otra opinión es necesario que exista una notificación judicial para que el buscador incurra en responsabilidad, al estilo de lo previsto por la ley española. A su vez, cabe aclarar que hay quienes consideran que para que sea tecnológicamente aceptable la notificación extrajudicial al buscador, ésta debe ser hecha por el damnificado indicando los sitios precisos (con su URL) que publican el contenido dañoso.-

Va implícito en cualquiera de estas posiciones, lo que a mi modo de ver constituye un verdadero acierto, la imposibilidad de endilgar al buscador una conducta culposa por el solo hecho de que en la red existan contenidos ilegales y dañinos a los derechos personalísimos, publicados por terceros, a cuyas páginas se accede a través de las herramientas de búsqueda.-

Como con toda claridad se lo ha señalado, 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. El motor de búsqueda es un espejo de la información de Internet y hay miles de páginas web. La dinámica de los contenidos es exponencial (Tomeo, Fernando: "Nuevo proyecto de ley para proveedores de servicio de Internet", www.laleyonline.com.ar).

En esta misma línea de argumentación "...el Buscador no puede conocer ni supervisar todo el contenido existente y circulante por la Red, de modo que no puede ejercer un control ex ante de contenidos dañosos o injuriantes hacia terceros. Esta imposibilidad no sólo existe desde el punto de vista técnico u organizativo, sino también desde el punto de vista jurídico, ya que si lo hiciera, caería en la prohibición constitucional de ejercer la censura previa de los contenidos" (Conf. Malaureille Peltzer, Facundo, "Responsabilidad de los Buscadores de Internet. Una deuda pendiente", RCyC, 2011-II, 82).

El art. 15 del proyecto Pinedo se ubica en esta línea de pensamiento, al consagrar el principio de "ausencia de obligación general de vigilancia" que exime al proveedor del deber de monitorear los datos que transmita o almacene y de la obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto de los servicios que presta. Aunque aclara que lo expuesto no afecta la posibilidad de que una Corte o Tribunal administrativo requiera al proveedor del servicio que prevenga y dé fin a una infracción (Tomeo, Fernando: "Nuevo proyecto de ley para proveedores de servicio de Internet", www.laleyonline.com.ar).

En resumen, cabe concluir en derredor de estos extremos, que resulta inadmisibles imponer al buscador la obligación general de vigilar la licitud, verdad o moralidad de todos los contenidos de terceros que transmite o almacena, así como la de realizar investigaciones activas orientadas a descubrir en la red contenidos que revelen actividades ilícitas. Un temperamento contrario implicaría un claro atentado a la libertad de expresión, que consagraría una prístina censura previa, lo cual no puede ser admitido por contradecir

expresos preceptos constitucionales citados en este decisorio.-

Recién podrá hablarse de actividad culposa, desde el momento en que el buscador arribe al llamado “conocimiento efectivo”. Y en este aspecto, en función de las características que rodean la regulación legal de la culpa (art. 512 del Código Civil), es que considero que corresponde realizar algunas precisiones.-

Adelanto al respecto que concuerdo con el criterio que en general postula la necesidad de una notificación judicial. 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.-

Razono así, porque a esta altura de los conocimientos en materia informática, no es posible descartar la posibilidad de que un tipo de bloqueo como el pretendido, para que se eliminen todos los vínculos de la actora con las páginas de contenido sexual, de oferta de sexo y de servicio de acompañantes, sin individualización previa, aún cuando sea posible, atente severamente contra la velocidad del sistema de búsqueda de información, aspecto

que también debe ser tutelado a nivel judicial por comprender el derecho a la libertad de expresión que, se reitera, incluye la búsqueda y difusión de aquella. Además, y esto también es trascendente, las pruebas reunidas no me aseguran que a nivel informático pueda implementarse un programa que consiga el mencionado objetivo, sin involucrar otros resultados que no se quiera eliminar.-

En otros términos, surge de las pruebas colectadas como posible que determinada palabra no arroje resultados, aunque ello no se pueda lograr en un 100 %, – lo desarrolló Yahoo para cumplir con lo ordenado en el expediente sobre medidas cautelares –, pero no aparece demostrada la posibilidad tecnológica de crear un filtro que elimine en un alto porcentaje el nombre de la accionante con sitios de contenido sexual, de oferta de sexo y de servicio de acompañantes, no individualizados, de la manera como se lo pretende en la demanda, sin provocar la eliminación de resultados no queridos, es decir, de páginas cuyo contenido es inofensivo, lo cual violenta la libertad de expresión.-

Es cierto que el perito afirmó en la peritación obrante a fs. 997/1186, que los buscadores cuentan con la capacidad técnica para instrumentar mecanismos que permitan reducir al mínimo y hasta eliminar los resultados referidos a la demandante, pero no lo es menos que por los argumentos allí explicitados se abstuvo de responder cómo debe resolverse técnicamente esta cuestión. Y esta no es una cuestión menor, porque si se toman en cuenta otros elementos de juicio, podría arribarse a la conclusión señalada de que ese bloqueo puede forzosamente involucrar otros resultados lícitos. Es decir, que por ello se vede también el acceso a páginas que contengan información lícita, lo cual atenta contra la libertad de expresión amparada por expresas normas constitucionales. Además, lo repito, no resulta posible descartar a nivel tecnológico, al menos en base a las pruebas que exhibe este juicio, que un filtrado como el pretendido repercuta de manera negativa sobre la velocidad en la función del buscador.-

El esquema jurídico delineado para medir la responsabilidad de los accionados encuentra sólido

respaldo en nuestro ordenamiento y en autorizados sectores de opinión de la doctrina y jurisprudencia del país, además de guardar una razonable armonía con decisiones emitidas en el extranjero y con el marco regulatorio que brindan ordenamientos tales como la Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europa, en especial arts. 12 a 15, así como la ley 34/2002 de España, en particular arts. 15 a 17 (fs. 956/71 y 1033/41).-

Bajo este marco entonces, corresponde examinar si la conducta observada por los buscadores queda o no emplazada en el ámbito de la culpa que define el art. 512 del Código Civil citado.-

Sentado ello, vale puntualizar que el escrito de fs. 161/31 del expediente sobre medidas precautorias la accionante solicitó: "...el dictado de una medida cautelar urgente que, ordene en forma inmediata la eliminación de mi nombre y fotografías que me vinculan con los sitios www.argenchicas.com, www.argentinas-famosas.com.ar y www.famosasyactrices.com. a las que se accede a través de los servidores y portales www.yahoo.com.ar y www.google.com.ar de Internet". Luego, solicitó la extensión de la medida cautelar peticionada "...a la totalidad de los sitios referidos (3), ordenando se elimine en forma inmediata el nombre y las fotografías que aparecen de la suscripta en los mismos" (fs. 16 vta.). La decisión fue confirmada por la Cámara a fs. 316/7.-

A fs. 72/5 vta., se resolvió decretar la medida cautelar innovativa a los fines de que los demandados y los sitios mencionados procedan 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...ello, dentro del plazo de tres días de la notificación de la presente" (fs. 75 vta.).-

Con las cédulas de fs. 78 y 79, diligenciadas el 13 de noviembre de 2006, se notifica a los demandados la decisión mencionada en el párrafo precedente, oportunidad en la accedieron al llamado "concimiento efectivo", si se aprecia que nunca antes de ello la actora los había anoticiado del contenido dañoso de las páginas en cuestión, ni siquiera

través del mecanismo para denunciar abusos del que ambos buscadores disponen (ver al respecto, entre otros antecedentes, testimonio de Gonzalo Alonso Pérez Verdía, fs. 1184/5 vta., respuesta a la décimo segunda pregunta). No obsta a ello, las cartas documentos que en fotocopia lucen a fs. 69 y 70, porque ellas están exclusivamente referidas a las imágenes disminuidas que los demandados contienen en el sector de "búsqueda por imágenes", que es otro tema, al que luego habré de referirme.-

Es entonces a partir de ese momento que corresponde examinar con rigor la actividad desplegada por los accionados para dar efectivo acatamiento al mandato judicial, aunque ahora con arreglo al marco jurídico definido en las presente sentencia definitiva, a fin de estar en condiciones de establecer si emerge acreditado un accionar culposo, apto para conectar la responsabilidad de los emplazados.-

Mediante la pieza procesal de fs. 155/9, Google Inc hace saber que cumplió con el bloqueo del vínculo entre el nombre y la fotografía de la actora con las páginas individualizadas en el escrito inicial (fs. 155 vta), acompañando la prueba impresa que así lo demuestra (fs. 81/152, en particular Anexo II).-

En ese mismo escrito, después de hacer referencia al involuntario error que se atribuye a la decisión de fs. 72/5 vta., explica con claridad: "Solamente se ha procedido al bloqueo señalado en aquellos sitios web individualizados en el escrito de inicio, donde existía una referencia al nombre o imagen de la actora. No resulta posible eliminar contenidos de sitios que no pertenecen a Google ni tampoco bloquear el nombre de la actora en páginas de contenido sexual, de oferta de sexo y de servicio de acompañante, por resultar dicho objeto vago y extremadamente amplio" (fs. 155 vta. último párrafo y primero, de fs. 156).-

A su vez invita a la demandante a que haga saber posibles URL adicionales que puedan integrar su pretensión de bloqueo, para luego pedir la sustitución de la medida por el bloqueo denunciado. Coherente con ello, en el petitorio, requiere: "2) Se sustituya la medida cautelar ordenada el 24 de octubre de

2006, por el bloqueo...realizado en el presente..." y "3) Se intime a la actora a manifestar, en el plazo de tres días, si desea bloquear su nombre, imagen y/o fotografía de alguna URL adicional a las incluidas en el ANEXO II..." (fs. 159).-

A fs. 167/vta, hace lo propio Yahoo de Argentina S.R.L., donde manifiesta que: "...ha cumplido con la medida cautelar ordenada mediante la resolución del 24 de octubre de 2006, 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" (fs. 167/vta.).-

En el escrito de fs. 202/10, más allá de las diferencias que marca con lo argumentado a fs. 155/9, lo cierto es que la actora expresamente acepta que "...no tiene inconvenientes respecto de la forma en que propone sustituir la medida cautelar la accionada para su cumplimiento, evitando de dicha forma causar mayores perjuicios..." (fs. 203 vta).-

Ello así, en torno a este aspecto, entiendo 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. No incide en este razonamiento la denuncia y ampliación que la parte demandante realiza en el punto III), de fs. 208/vta. del expediente sobre medidas precautorias. Por un lado, porque la página allí individualizada es nueva, no comprendida dentro de la enumeración denunciada en el escrito de inicio. Además, no debe soslayarse que el "filtrado" por más riguroso que sea, en el estado actual de los conocimientos, es difícil sino imposible que satisfaga un 100 %. En este sentido, cabe traer a colación la explicación del perito explicitada más arriba, y el informe del consultor técnico, que es muy claro a la hora de precisar las falencias y las dificultades técnicas de la operación de "filtrado", en especial cuando esa tarea deba concretarse sin la individualización de la página que concretamente exhiba el contenido dañoso (fs. 1324 y 1327 vta./28 vta., respuesta a los puntos 16 a 18 y 31 a 35).-

Una vuelta de tuerca más parece razonable efectuar en relación con el funcionamiento de la página en "caché". En torno a esta cuestión, el perito explicó que es un conjunto de datos duplicados de otros que son los originales. El buscador cuando recorre la Red con su Robot y accede por primera vez a un sitio guarda una copia en el "caché", 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 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 (fs. 1226, respuesta e).-

A su vez, la Cámara Argentina de Internet precisó que se suele definir a la a la memoria "caché" como la técnica que se basa en guardar copias de información extraída de un determinado lugar en un momento determinado con el fin de mostrar esa información copiada toda vez que se desee con posterioridad a un primer hallazgo acceder al mismo. Generalmente se realiza por razones de costos y/o velocidad y se guarda una copia o imagen del contenido por una cantidad de tiempo o bien por una cantidad de consultas para no acceder al mismo recurso lejano y/o costoso cada una de las veces que se necesita buscar la misma información. En el caso particular de los buscadores de Internet, la página en caché son una captura de pantalla de la página tal como se mostraba en el momento en que fue indexada por los spiders o crawlers. El objetivo del caché de resultados de búsqueda es permitir el acceso a una página cuando el servidor donde reside no funciona correctamente. Es factible que entre el momento en que se creó el caché de la página y el momento en que se acceda al caché, el contenido de la página original haya cambiado (fs. 757).-

Le caben a esta actividad las mismas reflexiones que vengo desarrollando en materia de responsabilidad

de los buscadores. Empero, por sus características, resulta de utilidad la doctrina derivada del difundido caso, que fuera luego ampliado por la nuestro Más Alto Tribunal a otros casos, entre los cabe mencionar “Granada” 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 (Trigo Represas-López Meza: “Tratado de la responsabilidad civil”, t. IV, pág. 238).-

El supuesto 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”. A partir de allí valen las reflexiones ya formuladas.-

En línea con lo referido, se impone citar por su trascendencia, el criterio que emana de la de la Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europa, donde define al prestador de servicios de la sociedad de información como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de información y los exime de responsabilidad por contenidos publicados por terceros en la medida en que: a) no hayan originado ellos mismos la transmisión;; b) no seleccionen el destinatario de la transmisión y c) no seleccionen ni modifiquen los datos transmitidos (art. 12, apartado 1). En el apartado 2, el dispositivo agrega “las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento

sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión”. En particular, en relación a la memoria tampón (caching) se consagra la eximición de responsabilidad del prestador del servicio por el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, sujeto a una serie de condiciones, entre ellas, que el prestador del servicio no modifique la información, que cumpla con las condiciones de acceso a la información y que actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella. Algo parecido ocurre con el “alojamiento de datos” que regula el art. 14.-

En nuestro caso, de acuerdo a lo explicado por el perito, la actualización de la copia “en caché” se realiza cada vez que el Buscador indexa la información recolectada en la Red. De ahí que ninguna responsabilidad a cargo de los buscadores se puede predicar, en la medida que la copia en caché no se erija en fuente autónoma de perjuicios mientras la página original se haya modificado, suprimiendo el aspecto dañino, o extinguido, extremo que en este proceso no ha sido demostrado de manera puntual y concreta.-

Respecto de los meta tags, en punto a la responsabilidad que se viene analizando, ninguna reflexión aparte es necesario adosar. Se ha señalado que ellos son etiquetas html que pueden o no ser incorporadas en el encabezado de una página web y que resultan invisibles para un visitante normal, pero de gran utilidad para los navegadores u otros programas que pueden valerse de esta información. Su propósito es el de inducir información referencial sobre la página: autor, título, fecha, palabra clave,

descripción etc. Esta información puede ser utilizada por los robots de búsqueda para incluirla en las bases de datos de sus buscadores y mostrarla en el resumen de búsquedas o tenerla en cuenta durante las mismas. Los “meta tags” suelen ser utilizados por los propietarios de web sites para lograr que usuarios que realizan búsquedas con alguna palabra muy utilizada en Internet los encuentren más rápidamente. El nombre de los links html que vincula los distintos elementos contenidos en los web sites lo determina el creador de cada sitio web. Un sitio web puede tener distintas estructuras a saber: Árbol, Listas, Mixtas o Red (CNCiv, Sala D, fallo cit., con cita de la pericia rendida en esos autos).-

Desde otro ángulo, cabe señalar que en autos no existen pruebas que evidencien que los demandados reprodujeran fotografías de la accionante para informar sitios con contenidos pornográficos, e incluso no surge que sus fotos sean utilizadas en la actualidad por alguno de los sitios que muestran contenidos de esa índole.-

No obstante, vale resaltar que a fs. 218 del expediente n° 60.115/06 se amplió la medida cautelar decretada y como consecuencia de ello se ordenó a las accionados 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...y se abstengan de obtener de internet fotografías con su imagen para ser incluidas en sus motores de búsqueda de imágenes...” (FS. 218).-

La ampliación de la cautela mencionada fue dictada a instancias del pedido formulado en el punto IV), de fs. 208 vta., donde la demandante la solicitó en virtud de haber comprobado que sus imágenes fotográficas se encuentran en el sistema de búsqueda por imágenes de ambos demandados, sin su consentimiento.-

En punto a esta cuestión relacionada con las imágenes de la demandante, liminarmente vale puntualizar que, como es sabido, a diferencia de lo que ocurre con el buscador de sitios, el buscador de imágenes, localiza sitios con imágenes publicadas por terceros como respuesta a la palabra clave

ingresada por el internauta. Y basta con realizar el procedimiento para comprobar que el buscador en sus resultados muestra las imágenes en cuestión en formato reducido, con una definición de muy inferior calidad a la que exhiben los sitios que la publican. No se trata de imágenes creadas o publicadas originariamente por los demandados, sino contenidas en sitios de terceros y localizadas por éstos. Incluso, en los resultados de búsquedas por imágenes los buscadores muestran, la imagen reducida, informan el tamaño de la original y de su archivo, un link a la página donde fue publicada y se hace saber además que la referida imagen puede estar sujeta a derechos de autor.-

Explicado ello, vale resaltar que de las impresiones aportadas a este proceso y al expediente sobre medidas precautorias (ver entre otras fs. 231/39, 537/85, 618/21, 710/11, 760, 771/2, 794/6, 854/5, 843/4, 1195/8 y 1276/7), fluye que las fotografías reducidas están en general vinculadas a la actividad artística de la demandante. Es decir se trata de fotografías que ya están en la red, son públicas, contenidas en sitios de terceros no demandados en este proceso de libre acceso y se relacionan en general con la actividad de la accionante como actriz, o con aspectos de su vida que ha decidido mostrar. 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.-

Corroboran lo señalado, la peritación rendida en esta causa y en el expediente sobre medidas precautorias, el informe del consultor técnico, así como el citado informe de la Asociación de Marketing Directa e Interactiva.-

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.-

Recuérdese que como es sabido, de acuerdo con la última norma citada, es libre la publicación del retrato cuando se relaciona con fines culturales o con acontecimientos que se hubieran desarrollado en público (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 09/08/2004, A., C. c. G., S., La Ley Online). Y a nadie puede escapar en este contexto, el inocultable interés que despiertan en el público los aspectos ligados a la actividad o la vida de las actrices, como es el caso de la demandante.-

Desde otro ángulo, vale destacar que el art. 10 de la Convención de Berna, aprobada por ley 25.140, establece: “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”.-

Resulta oportuno ahora traer a colación el precedente “Nelly, Leslie versus Arriba Soft Corporation”, de la Cámara Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, de San Francisco, Estados Unidos, no solo por las características globales que es indudable posee la actividad que se encuentra involucrada en el caso en juzgamiento, sino también por la indudable influencia que en materia de libertad de expresión siempre ha ejercido en nuestro medio la jurisprudencia norteamericana. En tal decisorio, descrito en los alegatos por yahoo, se resolvió que el uso de thumbnails por parte de los buscadores de páginas que contienen imágenes constituye un “uso honrado” de tales imágenes.-

Los cuatro elementos que tuvo en cuenta el mencionado Tribunal extranjero para determinar que se verifica un uso honrado de las imágenes están constituidos por los siguientes, detallados por la codemandada Yahoo en la respuesta: a) que la reproducción de la imagen no sea para promocionar un producto o servicio, b) que la imagen reproducida no sea inédita, c) que la reproducción de la imagen no sea idéntica en calidad o extensión a la imagen original, y d) que la reproducción de la imagen

no disminuya el valor de mercado de la imagen original.-

Todas esas condiciones a las que se supedita la figura se verifican en el supuesto de autos, por lo que no cabe sino concordar en este punto con la doctrina que postula que en el derecho argentino la producción y difusión de thumbnails como elemento representativo de una imagen en los motores de búsqueda debiera quedar cubierta por la excepción de uso leal en los términos de la Convención de Berna, puesto que no resulta disconforme con los usos honrados ni excede la medida justificada para el fin que se persigue (Millé, Antonio: “Motores de búsqueda en Internet y Derecho de Autor. Los casos judiciales de la generación Google”, JA, Doctrina, 19-11-2008).-

En base a los razonamientos 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.-

En punto a las costas, en la medida que el principio general de vencimiento como fundamento de su imposición (el art. 68 del Código Procesal) no es absoluto, y teniendo en cuenta que la actora ha actuado de buena fe, con base en fundamentos que razonablemente pudieron inducirla a creerse con derecho a litigar, encuentro justificado hacer excepción a la mencionada regla, y disponer que las de este juicio sean soportadas en el orden causado. Se trata de una contienda de características particulares, que involucra cuestiones opinables, con escasa regulación y pocos antecedentes, cuya solución se presta a dudas (arts. 68, última parte).-

Por todo lo expuesto, normas legales citadas y art. 68 del Código Procesal,

FALLO: Rechazando la demanda interpuesta por Andrea Paola Krum contra Yahoo de Argentina SRL y Google Inc., con costas en el orden causado.-

Difiérese la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se de cumplimiento con lo dispuesto por el art. 2, inc. b) de la ley 17.250.-

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívense las presentes actuaciones.//-

Fdo.: Dr. Juan Pablo Rodríguez.