

Voces: PROVEEDOR DE SERVICIOS DE INTERNET ~ INTERNET ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ MEDIOS DE COMUNICACION ~ DERECHO A LA IMAGEN ~ DERECHOS PERSONALISIMOS ~ DERECHO AL HONOR ~ LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ~ DERECHO A LA INTIMIDAD ~ PROYECTO DE LEY

Título: Responsabilidad de los buscadores de Internet

Autor: Tomeo, Fernando Abieri, Roberto

Publicado en: RCyS2009-XII, 66

I. Introducción.- II. Concepto y función de los buscadores.- III. Los hechos. Los derechos afectados.- IV. Los argumentos de los buscadores.- V. Algunos argumentos judiciales.- VI. El "Catálogo de Librería". El caso MIS.- VII. El proyecto de ley.- VIII. Conclusión.

Abstract: El tema da para el debate y requiere de una ley. Hasta que se dicte, los jueces ejercerán su jurisdicción en el caso concreto. La imagen personal aparece nuevamente como un activo intangible sujeto a la protección judicial. Famosos y no famosos esperan una definición legislativa y judicial a sus casos particulares, bajo la consigna de que "el que busca...encuentra...".

I. Introducción

La responsabilidad de los proveedores de servicios de internet (ISP) y en particular, de los buscadores de internet, es materia de debate en el ámbito doctrinario y jurisprudencial. Mucho se ha escrito sobre el asunto pero no se ha legislado al respecto. Varias modelos publicitarias y reconocidos artistas, futbolistas y aún funcionarios públicos han solicitado y obtenido el dictado de medidas cautelares a su favor que han ordenado suspender, bloquear o dejar sin efecto cualquier vinculación efectuada por el buscador entre su nombre (o imagen) y páginas de contenido sexual, de acompañantes, tráfico de sexo o simplemente difamatorias. Entre "los famosos" que han efectuado las presentaciones judiciales cautelares se encuentran Valeria Mazza, Florencia Raggi, María Eugenia Tobal, Jazmín de Grazia, Carolina Kirby, Gisela Van Lacre, Nicole Neuman, Laura Giovanetti, Eva Ullman, Pamela David, Julieta Prandi, Sofia Zamolo, Gimena Capristo, Victoria Onetto, Karina Jelinek y Silvina Luna, Diego Torres, Diego Armando Maradona, Sergio Goycochea, Romina Gaetani, Susana Gimenez y hasta la Juez Federal Maria Romilda Servini de Cubria. Las demandas por daños y perjuicios se encuentran en trámite.

El presente tiene por objeto acercar al lector a la problemática que plantea el tema de la responsabilidad de los buscadores de internet por vincular a contenidos difamatorios publicados por terceros a la luz de la jurisprudencia existente actualmente en la República Argentina.

A tales efectos hemos de sintetizar algunos argumentos que han utilizado los magistrados para hacer lugar a las medidas cautelares solicitadas sin dejar de destacar la primer sentencia dictada en nuestro país sobre la materia, el 29 de julio pasado, por la Dra. Virginia Simari, Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número 75. Este precedente, si bien constituye un pronunciamiento de primera instancia sujeto a vías recursivas, trata la cuestión de fondo planteada y fija un primer criterio judicial [\(1\)](#).

Asimismo hemos de analizar brevemente el único proyecto de ley que, sobre la materia, se encuentra actualmente para su tratamiento en el Senado de la Nación Argentina.

II. Concepto y función de los buscadores

Los buscadores han sido definidos específicamente como "Proveedores de herramientas de localización de información" que permiten que el usuario acceda a bases de datos con programas de búsquedas de las expresiones por él solicitadas, mediante diversos hipervínculos. Entre ellos se destacan Google Inc, Altavista o Yahoo!. Su función consiste en reflejar contenidos que son el resultado del uso de herramientas de localización de información (motores de búsqueda) incluyendo directorios, referencias y enlaces de hipertexto (information location tools) [\(2\)](#). Constituyen una herramienta de indudable relevancia para la comunicación y el negocio que plantea la red y la web 2.0.

Por su parte la jurisprudencia ha sostenido que el rol de los buscadores es facilitar a sus usuarios el acceso a páginas de internet que, en principio, presentan contenidos relacionados con esa búsqueda, utilizando programas informáticos diseñados a tal fin por seres humanos y los resultados que se muestran son seleccionados y ordenados en forma automática de acuerdo a criterios definidos por los seres humanos que los diseñaron.

III. Los hechos. Los derechos afectados

La mayoría de las modelos y artistas que han promovido acciones judiciales funda su reclamo en la siguiente situación fáctica. Refieren que, al incluir su nombre (o imagen) en los respectivos campos de búsqueda, se los vincula directamente a sitios de dudosa reputación, de contenido sexual o acompañantes, referidos al tráfico de sexo o simplemente difamatorios.

Consideran que estos hechos constituyen un uso comercial no autorizado de su imagen y violentan derechos personalísimos tales como el honor, el nombre, la imagen y la intimidad protegidos por la Constitución

Nacional y a partir de la reforma del año 1994 en los términos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. V), de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.12), del Pacto de San José de Costa Rica (art. 11 inc. 2), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) que establecen la protección al individuo contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada.

Al respecto agregamos que el art. 31 de la ley 11.713 de propiedad intelectual dispone que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma. Es por ello que el principio general, es que debe solicitarse el consentimiento a las personas para publicar sus fotografías, aunque por las características del retrato no se cause ningún gravamen al decoro, reputación o identidad personal. (CNCiv., Sala D, 30-XI-93 LaLey, del 26-VIII-94). Esta prohibición resguarda el derecho personalísimo de la imagen personal, y es aplicable a personas privadas y a aquellas con exposición pública.

No se le escapa al lector que estos casos se destacan por la "fama" o el reconocimiento público que los protagonistas de estas acciones tienen en los medios, pero nada obsta a que existan otros supuestos de "no famosos" que persigan la misma reparación.

IV. Los argumentos de los buscadores

Los buscadores han argumentado distintas defensas que, actualmente, son objeto de revisión judicial. Entre ellas se destacan:

1) El buscador no es responsable por el contenido publicado en sitios o páginas web de terceros. El responsable es la persona que escribió o publicó el contenido difamatorio. El buscador es un mero intermediario (una suerte de operador inmobiliario entre usuarios y sitios y/o páginas) que no responde por el contenido que "simplemente vinculó" pero que no creó ni publicó. El principio de "mera conducción" de información (un simple mensajero) ha sido recogido por la Comunidad Europea y la exención de responsabilidad del buscador ha sido consagrada, en principio, por el derecho americano (3).

2) Las órdenes judiciales que imponen el bloqueo de páginas web afectan el derecho a la libertad de expresión protegido por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

3) Los contenidos que se suben a la red son de imposible control. El motor de búsqueda es un espejo de la información de Internet y hay miles de páginas web. La dinámica de los contenidos es enorme.

4) Los buscadores no se encuentran en condiciones de identificar contenidos ilegales ni de determinar el carácter de los mismos. No puede un operador técnico discernir si un contenido es moral o ético, o si su publicación viola la propiedad intelectual o los derechos de terceros; eso sería obligar a los proveedores a realizar un juicio de valor o técnico. Son los jueces quienes tienen las herramientas para declarar la ilicitud de los mismos, ordenando su retiro.

5) Las órdenes judiciales de bloqueo de contenidos desalientan la inversión en el sector y atentan contra el desarrollo futuro de internet en Argentina.

V. Algunos argumentos judiciales

Ya hemos mencionado que el tema que nos ocupa no está legislado en la República Argentina. Por ello los magistrados han recurrido a la aplicación de las normas de responsabilidad civil previstas en el Código Civil; al deber genérico de no dañar (*alterum non laedere*) consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional; al criterio emanado del artículo 15 del referido Código, que establece que los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes; a la aplicación de normas análogas; a los principios generales del derecho (art. 16 del CC) y, por supuesto, a las pruebas producidas en el expediente y los requisitos de cualquier medida cautelar, en su caso, esto es: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la correspondiente contracautela.

A respecto y dejando de lado el rigor dogmático, podrá imaginar por un minuto el lector lo que sucede en una mesa de entradas de un Tribunal Civil cuando, por ejemplo, la Sra. Nicole Newman concurre a prestar caución juratoria....nos abstenemos de mayores comentarios.

Ahora bien, volviendo al camino estrictamente técnico, los jueces han considerado, entre otras cosas, la siguiente argumentación que hemos sintetizado:

1) Los buscadores han diseñado los motores de búsqueda, por lo tanto no pueden desligarse de responsabilidad por las consecuencias derivadas de sus diseños. Ellos "facilitan" el acceso a sitios que de otra manera sería difícil llegar y se encuentran en mejores condiciones técnicas para "prevenir" la generación de daños eventuales. En esta línea de argumentación la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal estableció, en algunos precedentes cautelares, que ante un material dañoso, reclamada la eliminación por el sujeto damnificado, el proveedor debe actuar y, de ser técnicamente posible, debe acoger esa petición, por estar en mejores condiciones técnicas y fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto. Como también que ante la entidad objetiva y fácilmente verificable de la ilicitud del contenido, no puede la empresa responsable del servicio amplificar, con su divulgación, los efectos dañosos en curso. Si bien parece –por ahora– difícil la prevención del daño, no lo es la cesación de sus consecuencias (con cita de Galdós, Jorge

"Responsabilidad civil de los proveedores de servicios de Internet, La Ley, 2001-D, 953) (4).

2) Existe una tensión entre el derecho de publicar (u ofrecer búsquedas a través de un medio masivo), esto es, la libertad de prensa y los derechos personalísimos a la imagen, intimidad y honor. En efecto, por un lado la Libertad de expresión esta amparada por el artículo 14 de la Constitución Nacional que establece que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa y por su artículo 32 que dispone que el Congreso Federal no podrá dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta. Por otro lado se manifiestan los derechos de la personalidad que también están protegidos por la Constitución Nacional y pactos de rango constitucional que reconocen el derecho a la imagen como un derecho autónomo del derecho al honor o al decoro. Tal es pues el rango de ambos derechos en tensión. Ponderando ambos derechos en juego, en el "caso Da Cunha" el derecho personalísimo a la imagen personal prevaleció, teniéndose en consideración que el derecho a la libre expresión, sin duda inalienable, debe ejercerse en forma razonable y regular ya que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071 del Código Civil).

También nuestro máximo tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades que si bien en la República Argentina no existe la censura previa, quien realiza determinadas manifestaciones debe hacerse responsable por los daños que pudiere causar. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la libertad de expresión es un derecho que es absoluto tan solo desde la perspectiva de que no puede someterse a censura previa, pero su ejercicio puede generar responsabilidad en caso de abuso ("Ponzetti de Balbín c. La Razón", La Ley, 2000 C 1244); es decir, aquel reconocimiento no implica impunidad frente a la responsabilidad por los daños provocados en su ejercicio.

3) Es indudable la importancia que revisten los buscadores para el desarrollo de internet (y el negocio de la red) y como instrumentos para potenciar la difusión de información pero también debe reconocerse su capacidad para potenciar "daño". Apoyar su desarrollo es evidente, pero no a costa de la afectación de derechos individuales. En todo caso la "sanción" no es a internet sino a los daños que provoquen algunos modos de su uso (del fallo citado en i).

4) Que la falta de otros legitimados pasivos (dueños o creadores de las páginas difamatorias) no vulnera la responsabilidad de los buscadores que contribuyen a la generación del daño. Al efecto se ha entendido que la pretensión de que se extiendan los efectos de la cautelar a terceros debe ser articulada, en su caso, con la interposición de las demandas correspondientes (caso contrario se estaría alterando el tema sujeto a decisión) (5)

VI. El "Catálogo de Librería". El caso MIS

En otros países se han adoptado soluciones distintas. A modo de ejemplo mencionamos el caso ocurrido en el Reino Unido en donde "Metropolitan Internacional School", un proveedor europeo de cursos de entrenamiento para adultos, demandó a Google U.K. y a un boletín on line por comentarios negativos sobre sus prácticas de negocios. El 16 de julio de 2009 el juez inglés David Eady (High Court Judge) resolvió que Google no era responsable por el material difamatorio que aparecía en sus resultados de búsqueda ya que sólo había actuado como un mero facilitador de acceso a la información (conduit to the information) pero no podía considerarse su editor. El juez hizo una comparación con una persona que compila información en un catálogo de librería: si un estudiante consulta un catálogo de librería encontrará distintos libros con distinto contenido pero no puede atribuirse responsabilidad por el contenido de los libros a quien ha compilado el catálogo. El ejemplo usado por el magistrado Inglés, por cierto repetido como muletilla en los últimos tiempos, fue objeto de varias opiniones en las "Primeras Jornadas sobre Imagen, Comunicación y Redes Sociales" que se realizaron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 15 de septiembre de 2009. Y la pregunta que quedó pendiente en dichas Jornadas fue la siguiente: ¿tiene el buscador de internet la llave que abre el catálogo de la librería? Y si la tiene, ¿no debería filtrar los libros "non santos"? La respuesta quedó para el debate.

VII. El proyecto de ley

El primer intento de regulación legal sobre la materia fue propiciado por el otrora senador Jorge Capitanich quien, en el año 2006, presentó el proyecto de ley de Comercio Electrónico (S-3812/06) el cual regulaba, en el artículo 14, la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. El proyecto no trascendió.

Desde mediados del corriente año se encuentra en el Congreso Nacional un nuevo proyecto de ley presentado por el Senador Jujeno Guillermo Jenefes, actual Presidente de la Comisión de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión, que tiene por objeto, entre otras cosas, regular la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, incluyendo, por supuesto, a Los Buscadores. El proyecto define como Proveedores de Servicios de Internet (ISP) a los proveedores de acceso (Internet Acces Providers IAP), los proveedores de alojamiento (Hosting Service Providers) y los proveedores que ofrecen públicamente programas especiales que se utilizan para la ubicación de contenidos que tengan las particularidades definidas por el usuario (en otras palabras, los buscadores). Más adelante, el artículo 2 del proyecto, menciona que "cuando existan contenidos con información que se considere perjudicial a los derechos personalísimos, el eventual damnificado deberá notificar dicha circunstancia en forma fehaciente al ISP. Recibida la notificación, deberá iniciar de inmediato todas las medidas necesarias para impedir el acceso de cualquier usuario a los contenidos

cuestionados, siempre que éstos fueren objetiva y ostensiblemente ilegales, nocivos u ofensivos para la persona afectada...". Al respecto y en caso de prosperar el proyecto, deberá definirse judicialmente el concepto "objetiva y ostensiblemente ilegal", lo que, seguramente, será objeto de casuística judicial.

En este punto el proyecto recoge un procedimiento de notificaciones denominado "notice and take down", instituto previsto en el art. 512 de la "Digital Millenium Copyright Act" (DMCA) del año 1998 de los Estados Unidos. Constituye un mecanismo extrajudicial que implica quitar (takedown) de Internet los contenidos que se denuncian como difamatorios o ilegales luego de recibida la notificación pertinente (notice). Al recibir esta notificación el ISP debe actuar rápidamente y dar de baja o bloquear un contenido que le sea notificado como "difamatorio" o que atente contra un derecho personalísimo o de propiedad intelectual. Luego, el flamante proyecto, establece que el ISP que no cumpla con las obligaciones mencionadas (esto es, bloquear el contenido dañoso) será responsable de los daños y perjuicios materiales y morales que se ocasionen a la persona afectada. Y, finalmente, consagra una suerte de "responsabilidad solidaria" entre los ISP con representación local y sus controlantes extranjeros (en otras palabras las sociedades madres extranjeras) por las condenas que se dicten en el territorio de la República Argentina cuando la causa o título de dicha condena fuesen responsabilidades definidas en la ley, concluyendo que todos los demás ISP extranjeros deberán someterse a la jurisdicción exclusiva de la República Argentina cuando los contenidos tengan un efecto sustancial directo y previsible en nuestro país. Esto último en una suerte de redefinición de normas de derecho internacional privado. La iniciativa presentada en el Congreso constituye un antecedente que seguramente será objeto de modificaciones constituyendo una primer paso para encontrar soluciones legislativas a esta materia.

VIII. Conclusión

El tema da para el debate y requiere de una ley. Hasta que se dicte, los jueces ejercerán su jurisdicción en el caso concreto. La imagen personal aparece nuevamente como un activo intangible sujeto a la protección judicial. Famosos y no famosos esperan una definición legislativa y judicial a sus casos particulares, bajo la consigna de que "el que busca...encuentra...".

(1) Autos caratulados "Da Cunha, Virginia C/ Yahoo! De Argentina S.R.L. Y otro" (Expte. 99.620/06). La referida magistrada hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios promovida por la modelo, cantante y actriz Virginia Da Cunha (ex integrante del grupo musical "BANDANA"), condenando a los buscadores Google Inc y Yahoo! de Argentina S.R.L a abonarle la suma de \$ 100.000 en concepto de daño moral por el uso indebido y no autorizado de su imagen personal.

(2) "La Responsabilidad de los ISP por los contenidos generados y transmitidos por sus usuarios", Clara Zuchino, Certamen IP 2008 "Mentes Innovadoras para el Desarrollo".

(3) Vid art. 12 de la Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europa que establece el principio de "mera conducción" y la sección 230 (c) (1) de la Communications Decency Act de los EE.UU.

(4) Vid autos "Crivocapich, Priscilia c/ Google Inc y otro s/medidas cautelares" (CCCF, Sala III, resolución del 17-6-2008) y " Cupito, Alejandro Martín c/ Yahoo de Argentina S.R.L. s/ incidente de apelación medida cautelar" (CCCF, Sala I, resolución del 26-6-2008).

(5) Vid Sala III, Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, causa: "De Grazia, Jazmin c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares" (del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Y Comercial Federal Número 4).