

## **COMUNICACIÓN E INTIMIDAD POR INTERNET ASPECTOS JURISPRUDENCIALES**

Autores Cipolla Francisco- DNI 7.646.776 Mail [cipolla313@yahoo.com.ar](mailto:cipolla313@yahoo.com.ar) Institución UNC

Koci Daniel A.- DNI 24.992.787 Mail [kocidaniel@yahoo.com.ar](mailto:kocidaniel@yahoo.com.ar) Institución UNC

Borgarello Matías I, DNI 36146970 Mail [cordoba545@hotmail.com](mailto:cordoba545@hotmail.com) Institución UBP

Área de interés: Legislación de la comunicación

Palabras Claves (3): Libertad de expresion en Internet -jurisprudencia en materia de internet- derecho a la privacidad.

### **RESUMEN**

Determinadas situaciones cotidianas y con relevancia jurídica, al ocurrir en el marco de Internet obligan a plantearse la reformulación de la tradicional legislación que regula tales situaciones- si bien recientemente nuestra legislación en materia penal se ha aggiornado en relacion a los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías-

Dicha reformulación, como tradicionalmente ocurre, se inició partir de la jurisprudencia y su interpretación pretoriana de lo legal, integrando las lagunas jurídicas con los principios constitucionales, los tratados internacionales y los principios generales del derecho.

Algunos de estos aspectos son:

- Derecho a la privacidad e intimidad de los usuarios.
- Libertad de expresión frente a la posibilidad de la comisión de ilicitos penales como calumnias e injurias.
- Derecho a la propia imagen.
- Competencia y jurisdicción.
- Propiedad intelectual.

¿Cómo nuestra jurisprudencia ha resuelto estas cuestiones ligadas al uso de las nuevas y modernas tecnologías?

### **LA ACTIVIDAD INFORMATIVA EN INTERNET**

[www.panam2013.eci.unc.edu.ar](http://www.panam2013.eci.unc.edu.ar) | [www.eci.unc.edu.ar](http://www.eci.unc.edu.ar)

Tel.: +54 351 4334160 int. 103.

Av. Valparaíso esq. Los Nogales. Ciudad Universitaria. Córdoba, Argentina.

Mediante Decreto del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) n° 1279/97 y luego convalidado por ley 26.033, se le reconoce a Internet el mismo derecho a la libertad de prensa prefigurada en el art. 14 de la Constitución Nacional (CN).

Con el dictado de la ley, Internet es libertad de prensa de manera positiva, en un todo de acuerdo con el Pacto de San José de Costa Rica que en el art. 13 universaliza los medios a través de los cuales es posible el derecho humano a la libertad de información.

Como todo derecho, que se desprende de una libertad considerada facultamiento, se encuentra regulado lo que significa que no es irrestricto sino sujeto a límites que, de ser traspasados, derivarán en responsabilidad que le es propia a la libertad ejercida con dimensión humana. .

Todos los límites legales preestablecidos para la libertad de prensa del art. 14 CN se mantienen con la libertad de información elevada al rango de derecho humano por el Pacto de San José de Costa Rica (PSJCR) incorporado a la Constitución de la Nación con la reforma verificada en el año 1994 (CN art. 75 inc. 22).

La libertad de información considerada como derecho humano se caracteriza por la dimensión de universal.

Es así como toda persona (sujeto universal) puede buscar, recibir y difundir (sin especificidad de sujeto pasivo y activo; en condición de receptor, profesional o emisor, de manera indistinta) por cualquier medio (con técnica libre) y cualquiera sea la índole de la información (contenidos indefinidos por naturaleza), y sin límite de frontera (universalización globalizada) conforme a las reglas que rigen la *única actividad informativa* para todos sin importar si es ejercida en el marco de una empresa o por un profesional de la información.

Hay que diferenciar lo que se encuentra en Internet de lo que se puede lograr usando la técnica Internet. Todo cuanto está disponible en Internet equivale a publicidad pero no lo es aquello que aún se prepara o se mantiene guardado en la computadora -PC-, herramienta necesaria para acceder a la red que, aunque expuesto a ser vulnerable con

nulo entorpecimiento de su potencialidad, no justifica un ejercicio regular de la libertad a informarse.

Daniel H. Obligado, se pregunta en elDial.com-DC18B5 publicado el 19 de Junio de 2012 en el artículo *El delito de amenaza y las cookies*, por la legalidad de una cookie que se introduce en el ordenador de un particular donde registra la eventual amenaza cuando no es claro para el usuario la posibilidad de deshabilitarla. El usuario queda expuesto más allá de los límites que su voluntad determine.

Y agregamos nosotros que en resguardo de su intimidad esta situación de falta de tipicidad penal no significa desproteger, al menos civilmente, la intimidad en ese particular ámbito. La intimidad, en Internet más a menudo que en otros medios, se encuentra expuesta al acecho que realizan terceros ávidos con intereses espurios porque logran un precario anonimato.

El espionaje está penalmente previsto como delito en la comunicación electrónica porque se busca resguardar como bien jurídico a la violación de secretos y la privacidad (art. 153 Código Penal) que aquella pudiere contener.

### **AJENIDAD DE LA INFORMACIÓN COMO INGREDIENTE JUSTIFICATIVO DE RESPONSABILIDAD**

La información disvaliosa exime de responsabilidades a quien la emite cuando el proceder se ajusta a la doctrina del caso Campillay.

Por la manera de reunir información en un sitio de Internet (principalmente sujetándose a la fuente) se podría recurrir a este amparo de escudo protectorio utilizando indistintamente alguno de estos recursos:

- Mantener la cita de la fuente;
- Silenciar la identidad del afectado;
- Utilización de verbos en modo potencial en la información difundida.

Pero quien organiza la información en Internet, o maneja los medios para hacerlo, necesita colocar su propia idea de presentación (la enmarca para visibilizar) y queriéndolo o no puede causar desajustes con su originaria versión..

Quien no actúe prudentemente ante el riesgo de la actividad o, luego de advertido, no corrija las carencias imponderables propias del servicio sin sortear esa instancia de su responsabilidad, se coloca fuera de aquella doctrina jurídica surgida para un adecuado equilibrio del ejercicio de los derechos personales de los terceros frente al ejercicio de la libertad de prensa, anteponiéndosele entonces este otro factor adicional de atribución de responsabilidad por culpa personal.

El grado de conocimiento que es posible prever en el titular del sitio y los reclamos formulados sobre un puntual contenido potencialmente perjudicial que almacena teniendo en cuenta el auxilio robotizado de búsqueda del que se vale para ofrecerlo masivamente a terceros, se constituye en un factor de atribución de responsabilidad personal que funciona de manera sucedánea al factor de riesgo creado.

De allí que el orden jurídico con el fin de prevenir que el daño a terceros acaezca le impone al titular, como ingrediente de responsabilidad, la diligencia de aplicar filtros.

La Constitución de la Nación (art. 42) reconoce el derecho a una información adecuada y veraz, y respecto de todos los operadores como se da en Internet prevé una competencia sin distorsión de mercados.

Los usuarios de los ISP, y tanto más si quien reclama es además el directamente afectado por la información, están plenamente legitimados para reclamar las reparaciones por las responsabilidades que recaen sobre el editor y el civilmente responsable de la actividad informativa.

## **LA ACTIVIDAD INFORMATIVA**

En la actividad informativa lo primero que se requiere es la información misma, y para ello es indispensable buscarla, le sigue la tarea de adecuación o preparación para plasmarla

en el medio y luego difundirla. Para seguir todos esos pasos es preciso valerse de recursos personales capacitados al servicio del medio que funcionan acorde a una tecnología aplicada y sostenida con medios económicos y con vínculos personales de diversa índole para lograr su inserción en el medio donde con lo que facilita la distribución de la información.

La actividad que constantemente sistematiza la información desperdigada en una red sin límites (búsqueda) y luego es puesta al servicio de quien la requiere (difusión) a través de esa intervención permanente (profesionalismo) porque actualiza la información disponible sobre temáticas variadas es una *actividad informativa*.

Con este criterio la CNT, Sala VI, en la sentencia de fecha 17-3-03 había sostenido en la causa *Hojman Eduardo y otro c/Xsalir.comSA* con referencia a Internet: *...Las nuevas tecnologías entre ellas Internet rebasan el contenido tradicional del periodismo escrito, oral y televisivo para abrirse al aspecto virtual. En tal sentido quienes intervienen en la redacción de un portal de Internet que contiene informaciones, noticias, entrevistas y agenda cultural porque se difunde en la red, pueden asimilarse a quienes elaboran el suplemento cultural de un diario. El objeto social de la empresa demandada resulta indiferente a los efectos de determinar la aplicación del régimen laboral específico toda vez que si ocupa a una persona para el cumplimiento de las tareas periodísticas, estará alcanzado por la ley 12.908.*

Por lo tanto la actividad informativa tiene un componente propio que no se encuentra vinculado al objeto social de la empresa ni se encuentra circunscripto a hechos noticiables de un presente histórico diario, sino que es suficiente que los elementos que se publican sean de utilidad actualizada según quien lo necesite.

Por su parte, el proceso de sistematizar un universo informativo con o sin derecho de autor, aún cuando no haga falta el consentimiento de este último por el modo como ayuda a publicitar su producto, se transforma en una actividad editorial creativa que se recrea y actualiza como actividad informativa independiente.

Esa actividad se encuentra fuera de los términos de la regulación del contrato de edición en particular porque no estaría circunscripto a la contingencia de la obra sobre la que le sería lícito trabajar, con el número de ejemplares y la cantidad de ediciones permitido según estipulación, y se transforma en una publicación informativa.

Ya que es deber para toda *publicación o empresa* informativa contar con el editor responsable que no tenga fueros ni privilegios especiales porque así lo exige el art. 14 del PSJCR, para garantía del debido ejercicio del derecho humano a la información, su ausencia responsabiliza solidariamente al titular de la empresa, responsable siempre civilmente. En la República Argentina no hay ley que compense con privilegios especiales a la red de Internet o a quien opera dentro. El derecho de industria aún cuando recaiga sobre la libertad informativa se ejerce conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio y no hay libertad absoluta (art. 14 CN).

Los titulares de la propiedad del medio junto a las personas de las que se sirve para llevar la actividad informativa, gozan de los mismos derechos que las leyes otorgan a los trabajadores de la especialidad (Ley 12908, art. 20), y no permanecen ajenos a los riesgos de la responsabilidad empresaria que le es propia con parámetros compatibles dentro del sistema jurídico que lo hace posible.

La Cámara Nacional del Trabajo (CNT) a través de su Sala VII en la sentencia de fecha 7-5-04 resolvió la aplicación de la ley en función de la actividad en la causa *Aulita Pablo c/ Pramer SCA* y dijo: *...El Estatuto del periodista rige aún en una empresa no periodística si la explotación o tarea en sí lo es, toda vez que dicho estatuto se refiere a la explotación y no a la empresa. Por ello el carácter de la empresa no es decisivo en tanto en una misma empresa periodística el trabajo puede regirse por el estatuto pero también en determinados casos por el del personal administrativo de empresa periodística (Dto. Ley 13.839/46) o en su caso por la Ley de Contrato de Trabajo, si se trata de un simple empleado u obrero gráfico. Esto es así porque la aplicación de la norma específica se vincula con las tareas reales y las funciones que desempeña el trabajador, y sin perjuicio*

*del Convenio Colectivo de Trabajo de la respectiva actividad (Tratado de Derecho del Trabajo, Antonio Vázquez Vialard, Editorial Astrea T.1 pág. 301).*

Análogamente a cómo se protege dentro del sistema jurídico al sujeto profesional de la información mediante la definición de la actividad informativa, resulta aplicable similar criterio para regular al sujeto difusor dentro del derecho humano de la información.

Quien visibiliza la información para ponerla a disposición de quien la requiera debe hacerlo responsablemente, esto es, poniendo la diligencia necesaria sobre la licitud y verosimilitud de las informaciones que procesa. La disponibilidad de contenidos puestos en un sitio de Internet excluye el principio de reserva de quien se sirve de él y con el que se identifica frente a terceros. Pierde en el acto el ámbito absoluto que la constitución resguarda de la autoridad de los jueces (art. 19 CN).

La empresa y actividad informativa en internet al igual que las que lo hacen por otra vía, están al servicio de interés público porque orientan y canalizan opiniones y sirven al progreso y la cultura lo que implica grandes responsabilidades en orden a la verdad, la moral y seguridad pública.

### **ACTORES EN INTERNET**

Dentro del contexto Internet los llamados “buscadores” intentan visibilizar a los sujetos emisores en un sitio y lo hacen con una herramienta que lleva la identidad asignada por lo titulares. Los buscadores no son depósitos anodinos. Por el contrario, la posibilidad de albergar contenidos de una determinada manera que solamente pueda hacerlo el buscador identificado y no cualquier otro, acarrea ventajas pero también responsabilidades que pondera libremente cada interesado cuando decide incursionar en la actividad.

La libertad de información responsable es la legal y corresponde a los jueces hacerla vigente para que la sociedad se desarrolle vitalmente sana cubriendo eventuales lagunas legales y equilibrando el ejercicio pleno de las libertades conforme a derecho.

[www.panam2013.eci.unc.edu.ar](http://www.panam2013.eci.unc.edu.ar) | [www.eci.unc.edu.ar](http://www.eci.unc.edu.ar)

Tel.: +54 351 4334160 int. 103.

Av. Valparaíso esq. Los Nogales. Ciudad Universitaria. Córdoba, Argentina.

La jurisprudencia sobre puntos conflictivos novedosos tiende a repetirse y tener seguimiento cuando logra iluminarse adecuadamente entre los integrantes del Poder Judicial. Pero cuando ello no es posible por profundas disidencias que no logran consensuarse se hace necesario que, para su mayor validez, se interponga la pública autoridad del máximo Tribunal, o sea la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En estos casos, mientras la autoridad moral del máximo Tribunal de Justicia de la Nación no perfecciona su decisión ejemplar para zanjar la inseguridad jurídica se produce un permanente desgaste procesal que atenta contra la cosa juzgada esperada.

Uno de esos casos que plantean discordancias irreconciliables y que se debate entre la responsabilidad y la irresponsabilidad de los llamados “buscadores” está en estos días en la Instancia del máximo Tribunal de Justicia de la Nación para que recaiga pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

El recurso se está tramitando en los estrados de la CSJN y es casi seguro que no se quedará en la admisibilidad o procedencia formal de la presentación del recurso en el caso “Da Cunha, Virginia”. Aquí la CSJN habrá de determinar la responsabilidad de las empresas “Google” y “Yahoo”, en calidad de operadores en Internet como “buscadores” de información y que tiene a las decisiones inferiores divididas.

#### **ANTECEDENTES DE LA CAUSA**

La actora ha promovido demanda a las empresas “Google” y “Yahoo” y solicitado como medida cautelar el bloqueo de sitios, porque se ha sentido afectada con el uso comercial y no autorizado de su “imagen” en el sistema de buscadores y por cómo los buscadores direccionan también su nombre hacia sitios con contenidos pornográficos.

Este caso había sido fallado en Agosto del año dos mil diez por la Sala “D” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Con el voto mayoritario de las Jueces Patricia Barbieri y Ana María Brilla de Serrat pero con la disidencia del Juez Diego C. Sánchez se declaraba la irresponsabilidad de los buscadores que facilitan la navegación en la red de Internet.



## EL FALLO DE LA CÁMARA VOTO DE LA MAYORÍA

La Cámara fijó los hechos y estableció que con la pretensión de la actora se perseguía:

- La reparación del daño material y moral;
- El cese del uso antijurídico y no autorizado de la imagen y el nombre de la actora;
- La eliminación del vínculo a los sitios y actividad de contenido sexual, erótico, pornográfico que el “buscador” establecía con solo ingresar su nombre.

En la primera instancia judicial se había acogido la demanda de la actora exceptuando el daño material, lo que origina por un lado los agravios de ésta en el aspecto rechazado, y por otro lado se expresan los agravios de Google y Yahoo porque se resistían a la condena.

La actora consideró que la utilización de su imagen de la manera hecha por las demandadas le significó pérdida personal de ganancias y no fue compensada por el enriquecimiento injusto de los Servidores por el uso comercial que hicieron con su imagen.

Google se agravia porque la Juez de Primera Instancia no aplicó los principios sobre los cuales se asienta la responsabilidad civil del daño resarcible, es decir, le reprocha que no había señalado cuál era la ilicitud del hecho ejecutado por Google, cuál la relación de causalidad entre hecho y daño que dice la actora padecer y cuál es el factor de atribución de responsabilidad. Se agravia porque asimila a Google a un medio de prensa y que al imponerle una carga imposible de ejecutar (eliminar el vínculo que se establecía en los buscadores entre el nombre de la actora y los sitios a los cuales conducía) se caía en una censura previa porque al eliminar el vínculo que establecía el nombre de la actora arrastraba, necesariamente y sin poderlo evitar, otros no comprendidos en la medida.

Yahoo elabora su agravio porque cuando sus buscadores informan sobre la existencia de páginas encontradas en Internet no hacen más que visibilizar los hechos perpetrados por

otros sobre quienes no posee control alguno y contra quienes la actora dispone de acciones para repararse.

El “quid” de la cuestión o nudo gordiano que debió resolver la Cámara es saber si los proveedores de servicios de Internet (ISP) deben responder por daños ocasionados en sus sitios y por las publicaciones utilizadas de terceros que pudieron haber incurrido en hechos ilícitos.

Con los medios de comunicación tradicionales el ejercicio de la libertad de prensa se hacía visible con la publicación, exhibición o transmisión directa hecha al público. En ese contexto se fue elaborando la doctrina “Campillay” y la doctrina de la “real malicia” para regular el tema de la responsabilidad y poner un equilibrio entre el derecho a la información frente al honor e intimidad.

En Internet, la visibilización de los contenidos de las páginas colgadas en la red, tiene su expresión no directamente sino a requerimiento de algún interesado apoyado en una herramienta que proveen los buscadores que clasifican la información mediante programas.

Es decir que la información obtenida es el producto de una intermediación elaborada en un proceso de búsqueda que indexa la curiosidad original acotada en una palabra o idea y que para hacerse vivible no basta estar como contenido, sino que debe buscarse en una doble instancia, por el interesado y por el intermediario que responde al requerimiento como “asistente buscador”.

Si esta diferencia que caracteriza a Internet gravita respecto del resto de medios de comunicación con quienes sin embargo comparte la misma garantía de libertad de prensa sin censura previa, de manera que la responsabilidad debe necesariamente diferenciarse también del sistema jurídico común, es lo que como novedad se instala dentro del sistema jurídico.

La Cámara de consuno sostiene que al no existir una regulación específica por responsabilidad por daños atribuida a la intervención de las ISP (la que ha quedado en

proyectos de Jeneffes y Capitanich duramente criticados en el Congreso de la Nación) debía guiarse por el sistema general de la responsabilidad.

En este punto, la mayoría que hace sentencia absolutoria para las demandadas, vincula la actividad de las ISP a la libertad de expresión a partir del Decreto del PEN n° 1297/97 que extiende la garantía constitucional de la no censura previa a Internet (arts. 14, 32 y 42 CN), convalidada por ley 26.032 sancionada y promulgada en el año 2005, al Pacto de San José de Costa Rica en la consideración a derecho humano que debe armonizarse con el resto del sistema jurídico vigente como es el art. 1071 bis del Código Civil (CC) con fuente constitucional en el art. 19 CN, y finalmente el art. 31 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual del retrato (que desarrolla el derecho de propiedad previsto en el art. 17 CN).

Es decir que el fallo sostiene que la libertad de prensa no es un derecho absoluto, no anula otros derechos constitucionales al punto de legitimar impunidad, pero no obstante obliga a una particular cautela al momento de deducir responsabilidad.

La responsabilidad que vincularía a la actora con las ISP sería extracontractual puesto que ningún vínculo o relación contractual tendría su fuente generadora. Las normas eventualmente a aplicar serían entonces el art. 1109 de atribución subjetiva o el art. 1113 del riesgo creado, ambos del CC.

La demanda de la actora no está dirigida, a entender de la mayoría que hacen sentencia, contra periodistas, editor o un medio de prensa, sino que las demandadas son ISP que pueden distinguirse como proveedores de:

- Conexión a usuarios;
- Alojamiento de contenidos;
- Programas de búsqueda una vez definida por el usuario.

El primero de los nombrados, según la sentencia de la mayoría, no tiene responsabilidad alguna en casos de responsabilidad como persigue la actora.

El segundo, porque no son partes al no habérselas demandado, no puede recaer sobre ellas condena alguna.

El tercero, que incluye a las demandadas Google y Yahoo, se han limitado a proporcionar una herramienta necesaria al usuario para localizar contenidos por este definidos sobre contenidos existentes en la red de Internet que no fueron creados por los buscadores. Los motores de búsqueda muestran en el resumen del hallazgo el nombre de todos los link html determinado por el creador de cada sitio.

Al hacerse el análisis de contenidos por los robots de búsqueda sin intervención humana, no le basta a la actora la demostración del daño para resarcirse por aplicación del principio “neminem laedere”. Debe demostrar el factor de atribución subjetiva imperante en materia de responsabilidad de prensa.

Siguiendo a Esther María Pugin de Isola, la Vocal que vota esclarece que *...Internet tiene la particularidad de estar basada en dos pilares: LA LIBERTAD para ingresar, desenvolverse recibiendo y ofreciendo la más variada información y la DESREGULACIÓN debido a la imposibilidad del Estado y de las personas para interferir las comunicaciones y establecer límites tecnológicos para su funcionamiento. El único censor o autocensura que admite Internet es la voluntad del propio usuario.* Eso no significa exención de responsabilidad aunque advierte de la insuficiencia de las normas y las doctrinas aplicables a los medios gráficos y electrónicos clásicos para resolver las responsabilidades en Internet.

Quien hospeda contenidos está en condiciones de conocer a sus clientes y ejercer un mínimo de control por el deber de:

- Información: de informar e informarse;
- Reacción o vigilancia sobre los contenidos que se permiten colgar en la red. El prestador de servicios en internet ha de ser tenido como un editor y no como un distribuidor.

Los que hospedan contenidos y los proveedores de servicios deben tomar diligencias para evitar daños previsibles y de allí que exige, resumiendo la postura tomada por la votante, que con anterioridad a cualquier reclamo del afectado se debe solicitar el bloqueo del contenido que considera agravante y que se encuentra disponible en Internet a través de los buscadores, sin que pueda serle atribuida culpa por los contenidos cuestionados.

La juez del primer voto ilustra que en EE.UU. los buscadores son inmunes a los reclamos por responsabilidad por información que pertenece a terceros, y que la directiva 2000/31 de la Comunidad Europea adopta igual temperamento excluyendo la responsabilidad cuando la única finalidad de los servidores haya sido hacerla más eficaz y adopta las medidas urgentes ante reclamos. La responsabilidad del servidor no existe a menos que:

- El prestador haya originado la transmisión.
- Seleccione al destinatario.
- Seleccione o modifique los contenidos.

Sabiendo que Google cuenta con la política de responder a las notificaciones sobre violaciones a los derechos de autor, que cancela las cuentas a los infractores recurrentes y cuenta con un procedimiento donde pueden efectuarse los reclamos a través de cuyas respuestas se le hará conocer al interesado las direcciones donde deben recurrir, concluye la sentencia que, sin perjuicio de los filtros que *voluntariamente* (el destacado es propio) puedan establecerse para impedir la indexación de sitios o imágenes que vinculen a determinados contenidos (técnica y políticamente posible), las demandadas no tienen responsabilidad. A la actora le correspondía denunciar los sitios que Google debería bloquear para hacer posible la eliminación de los vínculos que le perjudica.

La Juez Ana María Brilla de Serrat que adhiere al voto precedente, aporta que la demandada no ha hecho transmisión lesiva de información sino que ha cumplido una

actividad auxiliar. No ha suministrado datos para vincular a la actora del modo señalado con determinadas páginas y no la sindicó como incluida en ese tipo de prácticas.

VOTO DE LA DISIDENCIA.

El Juez Diego C. Sánchez resume el planteo de la actora diciendo que a través de los buscadores Yahoo y Google resulta posible acceder a las imágenes de Da Cunha ubicadas en sitios eróticos por lo que la antijuricidad de las demandadas estaría en:

- Facilitar con los buscadores los sitios porno en los que se halla la imagen de Virginia Da Cunha.
- Usar comercialmente y sin autorización de una imagen a través de la reproducción de fotografías en el sistema de búsqueda por imágenes.

En los agravios de la apelación, Yahoo se pregunta si existe responsabilidad por brindar información y el Juez Sánchez contesta que, si ese es el planteo de la agraviada cabe tener presente que la libertad de prensa es esencial al Estado libre, pero ella consiste en la no censura previa (el destacado es propio) y no la libertad respecto a sanción por impresos criminales cuando se ha publicado. Por lo tanto la sentencia sin demasiadas consideraciones ya estaría dictada.

El agravio de Google hace referencia a la censura previa, y sin perjuicio de la revisión crítica de la diferencia existente entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores en el ámbito de la libertad de expresión que debe armonizarse, según el Juez, con los otros derechos personales, la libertad de expresión no se contradice ni hay incompatibilidad lógica con la responsabilidad por lo que se dice.

La complejidad que presenta Internet es por facilitar el anonimato del emisor, por lo tanto la cuestión medular es establecer cuándo y cómo responde el intermediario. Las reglas individualistas no darían respuestas a problemas que se presentan en la red mundial.

Los buscadores recorren periódicamente las direcciones web a las que clasifican y almacenan una vez accedidas. Los buscadores están en mejores condiciones técnicas

para prevenir la eventual generación del daño y de allí que los buscadores son responsables por su actividad facilitadora de acceso a sitios. Esta actividad no puede alentarse a costa del sacrificio a derechos individuales.

La sanción que merece imponerse no es a Internet sino a algunos modos de uso. La existencia de otros sujetos pasivos legitimados contra quien pueda dirigirse la demanda no altera la responsabilidad de quien se ha elegido para hacerla efectiva.

Contrariamente a lo que sostiene Google que la Juez de grado inferior no aplica los principios de la responsabilidad civil, quien vota en disidencia ve corroborada la antijuricidad porque no está permitido dañar a otro. La sistematización de la información hecha por los buscadores no hace más que repotenciar la concreta información dañosa.

Existe relación causal entre el hecho y el daño ocasionado a la actora con la publicidad que la demandada ofrece y usa para vincular determinados sitios web.

En cuanto a la protección de la imagen de la actora, aún en el supuesto de encontrarnos en la situación de libertad de uso fotográfico impone un uso responsable y prudente que no se da en el caso fallado.

El Juez atribuye a las demandadas la responsabilidad por riesgo porque ellas tienen superioridad técnica dentro del marco rector de la web donde se ofrece un panorama confuso y peligroso, propicio para incurrir en violaciones a la intimidad.

La actividad riesgosa es previsible antes que suceda el riesgo y el factor de atribución de responsabilidad reside en el provecho obtenido con la actividad de ser transmisores del daño que se encuentra en los títulos de las páginas.

Por cooperar en la difusión del daño son responsables Google y Yahoo. Ellos tuvieron conocimiento por sus robots del daño reclamado por la actora y voluntariamente pudieron filtrar la información para impedir la indexación de sitios e imágenes que vinculan determinadas palabras con contenidos.

Transcurrieron más de tres años que fueron notificadas las demandadas por acta notarial (23 de agosto de dos mil seis) sin que hayan modificado la situación de daño denunciada.

Si bien por ahora es dificultosa la prevención del daño, no lo es la cesación de sus consecuencias.

Las demandadas no pueden sentirse sorprendidas por la indemnización a la que se les condena si ya estaban intimadas, y en el caso de Yahoo elige además los sitios que incluye en su directorio por lo que el juez vota en minoría sin lograr hacer sentencia haciendo lugar a la demanda.

### **ANÁLISIS CRÍTICO DEL FALLO**

Se reconoce bien que el derecho de prensa reconocido en el art. 14 de la CN no es absoluto y que Internet no puede ser excepción a dicha regla.

De allí que la falta de una legislación específica para regular las responsabilidades civiles para reparar daños producidos con motivo de Internet obliga a adaptar las disposiciones comunes contenidas en el Código Civil a las particularidades que exige este medio.

En esa búsqueda es donde comienzan a producirse las primeras diferencias en los votos de los jueces, pues mientras la mayoría deriva la responsabilidad del factor de atribución subjetivo a fin de mantenerse cauteloso a la hora de hacerla efectiva, la disidencia no descarta el riesgo creado aunque en el caso resuelto advierte la falta de diligencia de las demandadas.

Sin perjuicio de esta diferencia de criterios jurídicos, hay en los votos emitidos una distinta fijación de los hechos que presupuestan las respectivas resoluciones, pues mientras la mayoría considera que la actora debió efectuar reclamo previo para el bloqueo de sitios antes de requerir directamente la reparación de daños, la disidencia en cambio hizo mención a las medidas cautelares no cumplidas por las demandadas situación que mantenía por más de tres años.

Si en esa sola situación de hecho verificada para el voto de la minoría debiera adjudicarse la distinta suerte que corrieron los votos, pasaría por una sentencia más sin mayor trascendencia puesto que lo que divide aguas no hubieran sido las leyes a las que se somete la actividad, sino una cuestión de hechos probados.



Para la mayoría, la responsabilidad de los ISP es idéntica a la que se aplica al derecho de prensa, esto es una responsabilidad subjetiva, pero sin definir previamente si la actividad de las demandadas estaba encuadrada como informativa independientemente que fueran empresas informativas o que el demandado fuera profesional de la información.

No obstante parecer implícita la decisión no lo es del todo a poco que se repare en las defensas de las demandadas cuando expresan agravios porque se quejan de que se los asimila a medios de prensa pero contradictoriamente, sin claridad conceptual no resuelta por los jueces de la mayoría, invocan el derecho a la no *censura previa* que es propio a la libertad de prensa como actividad. No quieren ser medios de prensa pero sí gozar de los derechos que da esa actividad informativa.

Sostienen las demandadas, cuando se les ordena eliminar el vínculo del nombre de la actora con determinados sitios, que ello equivalía a borrar o silenciar otros probables vínculos que arrastraría la medida cual si se tratase de una libertad de industria que se le estaría acotando cuando, en realidad, tiene que ver con la censura expresada en los agravios que es propio de la libertad de prensa. De esto el voto de la mayoría no habla y queda focalizada la decisión en la libertad de industria perdiendo de vista la actividad informativa que goza de la garantía de la no censura previa.

Definir si la asimilación de los ISP a actividades propias de los medios de prensa estaba bien encuadrada para asignarle las garantías de su ejercicio, era tema de decisión al menos en la instancia del agravio para hacer cosa juzgada y evitar la dilación de la causa en sucesión de instancias interminables. Los Tribunales en estos casos al menos, contribuyen con uno de los factores que atentan contra su propia esencia que es administrar una pronta justicia para que sea justicia.

La argumentación de la decisión de la mayoría luce sin cohesión y contradictoria puesto que al mismo tiempo que afirma que las ISP, entre las que se cuentan los “Buscadores”, tienen responsabilidad subjetiva, aplicable a los medios de prensa, cartabón seguido se pronuncia por la irresponsabilidad.

Los Buscadores, dice, son proveedores de herramientas para localizar contenidos definidos por el usuario desde su computadora que, de esa manera, la computadora propia de cada uno, y no las ISP, es el propietario de la cosa riesgosa donde se producirá el daño ocasionado.

Se le asigna a los buscadores una tarea computacional y mecánica, completamente ajena a la actividad humana que pueda justificar un daño con factor de atribución subjetiva. El único censor es el usuario según el voto mayoritario que, reiteramos, había identificado la responsabilidad de las ISP a la libertad de prensa pero que sin fundamento se desentiende luego de hallar en el destinatario usuario y no en quien ordena la información la causa del daño reparable.

En este vaivén de responsabilidad e irresponsabilidad la mayoría considera con deficiencia de conceptos, que la actividad de las demandadas se asimila a la del editor y no como un simple distribuidor, por lo que concluye que son los usuarios quienes deben evitar daños previsibles adoptando diligencias en la definición del material informado en la red.

Como de antemano la mayoría declara la irresponsabilidad de las ISP y la iniciativa de los eventuales afectados, previo a cualquier reclamo del interesado, impone el deber de pedir el bloqueo del contenido que se considera agravante disponible en Internet gracias a los buscadores.

En el fallo de la mayoría no se formula técnicamente una hipótesis de trabajo sino que más bien se afirma una tesis de la irresponsabilidad con la que se quiere rematar todo lo decidido a tono con la legislación de EE.UU y de la Comunidad Europea en la medida que no exista acción humana, implícita y tácitamente aceptada, consistente en:

- Originar la transmisión;
- Seleccionar al destinatario;
- Seleccionar o modificar contenidos.

La demandada no estaría obligada a desarrollar acciones tendientes a evitar una eventual producción de daños, y todo lo que pudiera hacer para reducir su gravedad tiene característica de voluntaria; no existiría mandato de ley para impedir indexación de daños o vínculos a determinados contenidos. La cláusula de reserva del art. 19 CN: *...nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe...* se transforma en la particular forma de análisis que hace la sentencia en fundamento de irresponsabilidad a favor de las demandadas.

***Para ahondar en este tema de la irresponsabilidad de las ISP y la correlativa iniciativa del afectado que proclama, el voto de la mayoría aclara aún más el tema exigiendo a la actora que debía denunciar los sitios que debían eliminarse del vínculo con su nombre y fotografía. Ello sin poder asegurar de si esa tarea (de eliminar vínculos) era factible, por lo que queda abierta, aunque sea en hipótesis, la posibilidad del daño no resarcible aún cuando se complete con el condicionamiento de dudosa legalidad impuesto para su reclamo.*** Lo de dudosa legalidad tiene que ver con el condicionamiento al que supedita la reparación, teniendo el responsable los medios para acceder los sitios que ella misma alberga y busca con sus robots, es decir, que se encuentra en inmejorable situación sin tener que legalizar el sacrificio gratuito de derechos personales a terceros.

El Voto del Juez en disidencia, Diego C. Sánchez, de manera brillante marca la falta de incompatibilidad lógica entre la libertad de expresión y la responsabilidad por lo que se expresa, y hace un análisis meduloso de los presupuestos de la responsabilidad civil porque Google se agraviaba que la juez de primer grado no había tenido en cuenta.

Demuestra este voto la existencia del daño producido por el vínculo hecho por los “buscadores” a sitios web que a la actora hiere sus sentimientos y moralidad; establece la relación causal entre daño causado y hecho ejecutado por la manera cómo, a través de la publicidad de las demandadas, se logra establecer ese vínculo y acceder los sitios web utilizando la imagen de la actora con fines comerciales sin autorización; que aún en caso

de libertad de uso de imagen merecía un tratamiento responsable y prudente que no se ha visto ocurriera; le agrega el factor de atribución de responsabilidad en el riesgo empresario por el provecho obtenido con la actividad dañosa cooperando en la difusión del daño e indexándolo con el sistema implementado a lo que cabía agregar el factor de responsabilidad subjetivo porque ante el conocimiento del daño comunicado por la actora y pudiendo filtrar el link para impedir indexar sitios e imágenes que vinculan determinadas palabras con contenidos dejó transcurrir más de tres años sin tomar medida alguna para hacerlo cesar. Al momento de dictarse la sentencia se mantenía la situación de indolencia.

Si bien por ahora, concluye, es dificultosa la prevención del daño en internet, no lo es la cesación de sus consecuencias, en lo que las demandadas se han manifestado renuentes.

Con el voto de la minoría se advierte que el caso merecía en los hechos (a causa del déficit de fijación) y en derecho (por no definir adecuadamente el derecho a la información) una decisión de condena que la mayoría absolvieron.

Si bien es cierto que el buscador cuando visibiliza el hecho dañoso no es quien lo ha creado ni quien lo ha puesto cuando se reitera en cuantos ordenadores se enciendan (fijen) en ese preciso sitio, el responsable que ejecuta la actividad ilícita no es quien recibe la información o se entera de algo no permitido como ilógicamente el voto de la mayoría define el riesgo en las propias PC que el usuario dispone, sino precisamente aquel por cuya gracia se hizo factible.

***A partir de este caso se ha creado el riesgo por recibir información procesada lo que amenaza la libertad informativa del sujeto receptor.***

Sin pretender que se responsabilice al emisor de una información no agradable, cuando su intervención no está comprometida (ejercicio responsable de la actividad empresarial), resulta extravagante jurídicamente que la libertad de prensa consagre un derecho a dañar gratuitamente cuando se afirma que el derecho a informarse importa el riesgo de aceptar

lo que se encuentra en un sitio porque goza de absoluta libertad, sin normas que limite al emisor...*publicar las ideas por la prensa sin censura previa...conforme las leyes que reglamenten su ejercicio.*

[www.panam2013.eci.unc.edu.ar](http://www.panam2013.eci.unc.edu.ar) | [www.eci.unc.edu.ar](http://www.eci.unc.edu.ar)  
Tel.: +54 351 4334160 int. 103.  
Av. Valparaíso esq. Los Nogales. Ciudad Universitaria. Córdoba, Argentina.