



A la espera de una decisión de la Corte sobre la responsabilidad civil de los intermediarios en Internet

Por Federico S. Carestia

El análisis de la responsabilidad civil de los buscadores de Internet, que ha dado mucho que hablar en los últimos años en la Argentina a raíz de pronunciamientos locales heterogéneos, tiene una importancia radical actual toda vez que resulta inminente una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que delimite (ante la omisión legislativa) los parámetros aplicables para deslindarla.

En efecto, nuestro máximo tribunal ha tomado audiencias públicas el pasado mes de mayo en el pleito “R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios” -decidido por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en 2013¹-, en el que la actora había demandado a *Google* y *Yahoo* por los daños y perjuicios que le habría ocasionado la aparición, a través de los motores de búsqueda, de su nombre e imagen en sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico.

Sin lugar a dudas, Internet ha revolucionado las formas de comunicarse, procesar la información y socializar el conocimiento humano. Este espacio descentralizado, que constituye un eslabón esencial del mundo moderno, permite una multiplicación de las voces que participan del debate público. El uso democrático, interactivo y participativo de la red genera que todos seamos –al mismo tiempo- proveedores y consumidores de contenidos de lo más variados. Los motores de búsqueda son una herramienta vital ya que permiten a los usuarios localizar contenidos relevantes dentro de un caudal que crece día a día de modo vertiginoso.

La información transmitida por terceros, divulgada masivamente por los intermediarios y recibida por la población, es una expresión merecedora de tutela constitucional. En este sentido, la ley N° 26.032 y el decreto 1279 de 1997 disponen que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se encuentra comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. A su vez, este derecho se encuentra consagrado en los arts. 1, 14, 19, 32 y 33 de la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19), entre otros.

Claro está, que tal garantía -primordial en todas las sociedades democráticas- no es absoluta y encuentra restricciones cuando se atenta contra derechos fundamentales como el honor o la intimidad. Basta, pues, con remitirse a la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (sección V), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1 y 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10), el Código Civil Argentino (artículo 1071 bis) y la Constitución Nacional (artículos 19 y 33); entre otros. Esto significa, que el lugar eminente que ocupa no lo es en detrimento de la necesaria armonía que debe preservarse con los restantes derechos constitucionales.

A través de Internet pueden publicarse contenidos que resulten injuriantes, calumniosos y/o que ventilen o reproduzcan datos íntimos de una persona. En la medida en que se acredite una afectación al honor o la intimidad, susceptible de una acción de daños y perjuicios, no cabe duda de que -previo análisis de un juez competente- quienes subieron esa información a la red serán responsables de los menoscabos ocasionados. El interrogante a develar es si se puede extender –y, en su caso, en qué medida- la responsabilidad a quienes operan como intermediarios. El acceso universal de contenidos que facilitan los buscadores tiene su contrapartida en la posible masificación de información que afecte derechos personalísimos. Por la misma vía que se canaliza de modo revolucionario la libertad de expresión, se pueden repotenciar sustancialmente daños a terceros. En este marco, entonces, corresponde analizar las consecuencias que importaría adoptar uno u otro régimen de responsabilidad.

La aplicación de un factor de atribución objetivo basado en la teoría del riesgo, como ha postulado alguna doctrina y jurisprudencia nacional, generaría incentivos inadecuados ya que se les exigiría a los intermediarios (que en principio no crean ni modifican la información que publican los sitios de terceros) una conducta de prevención, referida

al control de calidad de los contenidos que indexan, imposible de llevar adelante tanto desde una perspectiva práctica como jurídica. No es posible relevar, fiscalizar o filtrar *ex ante* los millones de sitios que circulan en la red. Requerir estas precauciones sería irrazonable y tendría un costo prohibitivo. No obstante, aún cuando esa tarea fuera asequible, se estaría demandando a los buscadores que se erijan en una suerte de autoridad competente con facultades para discernir sobre la ilicitud de los contenidos, lo que fomentaría una peligrosa censura previa encubierta susceptible de afectar el derecho a la libertad de expresión de los proveedores, el derecho al acceso a la información de la comunidad e, inclusive, prerrogativas del potencial reclamante que no desea ser excluido de la *web*. Por otra parte, la internalización de los costos por futuras condenas –en este escenario complejo de responsabilidad objetiva- generaría consecuencias perniciosas, tales como el traslado de esos importes a los usuarios o bien la limitación o desaparición de una actividad de inconmensurable valor.

Por lo tanto, considero que debe establecerse un factor de atribución subjetivo que se configurará cuando los intermediarios, pese a tener un conocimiento efectivo de la nocividad de un contenido, decidan no bloquearlo de su lista de resultados. Esta es la doctrina que prevalece en el derecho foráneo, que armoniza la responsabilidad civil con las garantías constitucionales involucradas, que tiene en cuenta los razonamientos de nuestro más alto tribunal en problemáticas similares y mejor conjuga todos los derechos implicados. La intervención de varios de los Ministros a lo largo de la audiencia referida, en especial del Dr. Lorenzetti –que remarcó en varias oportunidades que no hay antecedentes en el derecho comparado de la implementación de un factor de atribución objetivo-, augura en el futuro fallo de la Corte un régimen de responsabilidad subjetiva.

En cuanto a la disputa referida al momento en que se conforma el conocimiento efectivo; esto es, si basta con una notificación del afectado o si es necesaria una orden judicial –que debe especificar puntualmente los sitios a ser eliminados del listado de resultados-, me inclinaré (al menos en el marco de una decisión jurisprudencial) por la segunda. Tal es el régimen de varios países del derecho extranjero como España, Chile y Brasil. Es que no parece razonable trasladar al buscador la determinación de la verosimilitud y/o efectividad de un derecho; tarea que debe quedar –en principio- bajo la órbita de los magistrados.

Una regla abierta de comunicaciones extrajudiciales podría incentivar al intermediario, dados los costos derivados de analizar cada pedido y el temor de una condena, a eliminar cuanto resultado de búsqueda se le requiera. El beneficio esperado por el consumo de un sitio seguramente sea menor al costo de asesoramiento para determinar la procedencia de la eliminación (sumado a la probable penalidad). El hecho de que el motor de búsqueda constituya una herramienta valiosa, que merezca una adecuada tutela porque potencia la dimensión social de la libertad de expresión y el acceso a la información, no significa que sus dueños posean un compromiso serio con la expresión que facilitan. El buscador –como empresa con fines de lucro que puede resultar vulnerable a diversas presiones- adoptará la decisión menos costosa y no la que proteja a los proveedores de posibles censuras.

Por el contrario, la judicatura –al momento de resolver una orden de bloqueo de resultados- hará el respectivo balance de todos los intereses implicados. Ahora bien, esto no significa que a la hora de legislar puedan preverse excepciones concretas y justificadas a esta regla general de manda judicial (implementando un sistema de comunicaciones extrajudiciales como el *notice and takedown* norteamericano para cuestiones de propiedad intelectual) o bien un sistema administrativo ágil, gratuito y eficaz que brinde una tutela efectiva a los afectados.

La Corte Federal tiene a su disposición las herramientas necesarias para sentar un precedente sobre la materia. Esto permitirá, más allá de que resulta necesaria una legislación en este asunto, que los operadores del sistema tengan reglas de juego claras respecto de la interpretación de las normas que regulan estos conflictos. Espero que la decisión del máximo tribunal genere un esquema de incentivos adecuado y logre un equilibrio razonable entre los derechos de las partes involucradas y de la sociedad en su conjunto.

¹ CNCiv, Sala A, “R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, del 13/05/2013, LL, 2013-C, 639, JA 2013-III, 493, RCyS 2013-X, 147.