

BUSCADORES DE INTERNET FRENTE A DATOS EN LA WEB: LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN FIJA RESPONSABILIDADES*

INTERNET SEARCH ENGINES AND DATA ON THE WEB:
THE SUPREME COURT FIXED RESPONSIBILITIES

*Esther Susana Borgarello, Francisco Cipolla, Daniel Koci y
Matías Borgarello***

Resumen: El alto Tribunal sostuvo en el fallo *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios* (1) del 28 de octubre de 2014, que la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet (...) y así (...) concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar -o no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Resalta "el carácter transformador de Internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a la información y fomenta el pluralismo". Y así concluye que "No corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los 'motores de Búsqueda' de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa". Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha expedido en un caso que ha sido esperado, sin embargo quedan aspectos por resolver sin haberse aprovechado plenamente el caso elegido para hacerlo.

Palabras-clave: Internet - Google - Derecho al honor - Derecho a la Información.

Abstract: The High Court held in *Rodriguez, Maria Belen c / Google Inc. s / damages* of October 28, 2014 ruling that freedom of expression includes the right to transmit ideas, facts and opinions dissemina-

* Trabajo recibido el 18 de agosto de 2015 y aprobado para su publicación el 15 de septiembre del mismo año.

** Dra. E. S. Borgarello, Ab. F. Cipolla, Dr. D. Koci, profesores de la Cátedra de Derecho de la Información. Escuela de Ciencias de la Información. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba (UNC). M. Borgarello, estudiante de la carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

(1) Ver <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/>

ted through Internet (...) and so ...) concretize personal right of every individual to make public, transmit, disseminate and act out, or not to, their ideas, opinions, beliefs, reviews, etc., highlighting *"the transformative nature of the Internet as a medium that allows billions of people around the world express their views, while significantly increases their ability to access information and promotes pluralism"*. And so it concludes, *"No to judge the eventual responsibility 'search engines' according to the rules establishing strict liability, disinterested in the idea of guilt"*. While the Supreme Court has been issued in a case that has been expected, but remain issues to be resolved without the case.

Keywords: Internet - Google - Right to honor - Right to Information.

Sumario: I. Una breve síntesis del fallo a modo de comienzo.- II. Análisis crítico.- III. Fijación del hecho relevante en el quid litigioso.- IV. Aportes de la sentencia.- V. Algunas críticas al fallo.- VI. El *obiter dictum* de la Corte.- VII. La disidencia.- VIII. A modo de reflexión.

I. Una breve síntesis del fallo a modo de comienzo

El análisis del fallo reciente *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios* es de una gran importancia porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN- fija un criterio ya definitivo sobre el papel de los buscadores en relación a la información subida a la web señalando la importancia del derecho a la información y comparando las bibliotecas tradicionales con los buscadores. La CSJN, integrada por los jueces Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt y Raúl Zaffaroni, más la disidencia parcial de Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda, rechazó en octubre de 2014 la demanda que había entablado la modelo María Belén Rodríguez contra los buscadores de Internet, Google y Yahoo. En la causa, la modelo había pedido un resarcimiento económico y la eliminación de su nombre, imágenes y fotografías de esos sitios de Internet.

En primera instancia, la demandante obtuvo fallo a favor, se dispuso la "eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen, y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de los buscadores".

Pero luego, en la Cámara Civil, redujeron la indemnización, solo con respecto a Google, ya que se consideró que los motores de búsqueda son responsables "habiendo tomado conocimiento -en principio, mediante la comunicación del usuario- de la existencia de contenidos nocivos no proceden a bloquearlos con prontitud". Llega por apelación a la CSJN. Aquí ya se decidió fijar criterio definitivo. En el fallo dividido se consideró *la libertad de expresión e información, el derecho al honor y a la imagen*, y el papel de gran importancia de los motores de búsqueda por parte de usuarios en todo el mundo (Constitución Nacional (CN) art 19, 14, 32, 75 inc. 22, Convención Americana de DDHH art 11 y 13). *El alto Tribunal sostuvo que la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet (...) y así (...) concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar -o no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc., resaltando "el carácter transformador de Internet, como medio que permite*

que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a la información y fomenta el pluralismo". Y así concluyó que "No corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los 'motores de búsqueda' de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa", por cuanto "los motores de búsqueda son los servicios que buscan automáticamente en Internet los contenidos" por lo tanto no hay "una obligación general de vigilar", por lo que "le sigue -como lógico corolario- la inexistencia de responsabilidad". "Responsabilizar a los 'buscadores' por contenidos que no han creado, equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido la localización de un libro de contenido dañino, so pretexto que habría 'facilitado' el daño". En relación a las imágenes de enlace, la mayoría sostuvo que el *thumbnail* tiene una función de mero "enlace".

II. Análisis crítico

El prestigio y la autoridad moral que emanan de los fallos de la CSJN devienen de haber sido la última instancia recurrida por los litigantes y porque desde allí se genera un seguimiento si no pacífico sí al menos práctico en orden a evitar el desgaste jurisdiccional.

Hay unanimidad en reconocer el vacío legal pero no jurídico para definir y resolver el conflicto que produce el ejercicio llamado "de prensa" en la Constitución de la Nación (art. 14) por parte de las ISP (proveedores de servicios en Internet) cuando en el marco de lo no regulado en una ley específica, conforma un campo especial de libertad (art. 19 CN) que pueda afectar derechos personales.

Ambas libertades (los derechos personales y el derecho de "prensa") consagradas en particulares derechos tienen dimensión humana en la medida que exista responsabilidad, caso contrario caería en libertinaje ajeno al sistema jurídico que sostiene el Estado de Derecho.

La única excepción a la que no alcanza la autoridad de los magistrados es la de las acciones privadas de los hombres, definida en el art. 19 de la CN.

III. Fijación del hecho relevante en el *quid litigioso*

En el Considerando 17, voto de la CSJN que hace mayoría, último párrafo, se establece: "(...) En el *sub lite* la Cámara ha decidido que no hubo culpa cuando se trató de bloquear páginas indicadas por la actora en el marco de la medida cautelar ordenada (...)".

La apelación llegada a la CSJN pretendiendo una responsabilidad objetiva por la actividad indexatoria de los motores de búsqueda en Internet termina siendo el aspecto esclarecedor que el máximo tribunal rechaza con buenos fundamentos.

IV. Aportes de la sentencia

La CSJN en el considerando n° 15 de la mayoría declara: "Que esta Corte adelanta su conclusión: no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los "motores de

búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva desinteresada de la idea de culpa (...).”

Explica el Tribunal que el motor de búsqueda (*search engines*) lo hace automáticamente luego de haberle ingresado el interesado las palabras de búsqueda (*search words*) que determinan el resultado. Es decir que caracteriza al buscador como herramienta que favorece el acceso al contenido deseado por medio de referencias automáticas.

En este punto y para nuestro modo de ver, en la sentencia la CSJN no es explícita -aunque lo dé a entender- que quien coloca la palabra definitoria del campo de búsqueda en la red asume su responsabilidad por los resultados que el motor de búsqueda automáticamente resuelve. Asume, le hacemos decir a la CSJN porque expresamente no lo dice pero se deriva de su razonamiento, que quien produce el daño es el mismo que busca la información y por lo tanto sería un elemento adicional para no cargar con responsabilidad objetiva a la actividad que llevan a cabo los buscadores en la red.

Consideramos un *quid pro quo* este modo de argumentar puesto que la CSJN ha identificado dos actividades que definen al sujeto universal pero que son diferenciadas: la búsqueda y la recepción. Cuando el sujeto busca debe proveérsele la información acotada a su interés definido, eso está bien, pero no por ello surge un derecho a programar de manera contaminada la información que será provista *automáticamente*.

La automatización para lograrse con los motores de búsqueda en la red no siempre se logra autónomamente sino sujeta a valores, principios, y conocimientos que están previamente incorporados por el proveedor como marco dentro del cual se hallará el objeto de la búsqueda. Con esos parámetros es que funcionan los filtros a la información para bloquear actividades legalmente prohibidas y también son compatibles para proveer, con mayor razón, toda la actividad lícita para el desarrollo humano mostrando un obrar sujeto a la buena fe porque se aplica la diligencia propia de la actividad.

No nos parece un acierto de la CSJN *reafirmar* la responsabilidad subjetiva, para de esa manera rechazar la responsabilidad objetiva. El comentario, si bien extremo, tiene su sentido esclarecedor. Lo sintetizamos como aquel daño que se produciría uno mismo cuando intenta saber porque colocó el *search words*, pero que debe hacerlo únicamente con la mirada prefijada del proveedor.

La argumentación, aunque no sea querida, lleva a que estemos erigiendo en dueño de la información a los *buscadores* al reconocerle derechos por un servicio indispensable que recibimos en la red sin exigirle debida responsabilidad (subjetiva) por encima del derecho que ampara la libertad informativa (doctrina Campillay, real malicia, entre otras).

Los programas de búsqueda integran junto con los proveedores de conexión y de alojamiento los llamados ISP (Proveedores de Servicios de Internet). Ellos son herramientas (medios de enlace a contenidos) que muestran los enlaces (link) determinados por el creador del sitio.

La ajenidad como elemento que desplaza la responsabilidad de los motores de búsqueda en Internet no se proclama sino que se demuestra en función de quién es el que origina la transmisión, realiza la selección de destinatarios o que selecciona o modifica contenidos.

De tal manera que la ajenidad no necesariamente termina siendo un atributo de un proveedor de programa de búsqueda sino que cabe distribuir la prueba para acreditarla sobre la base de quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, en función de la carga dinámica procesal de la prueba o de la particular protección que se le brinda a la “actividad editorial creativa independiente”.

Retomando lo que consideramos aportes de la sentencia comentada, la CSJN recurre al derecho comparado a falta de una disposición interna para resolver el conflicto para así armonizarlo con nuestra realidad jurídica.

Las leyes de los países que ya han regulado esta materia de buscadores, en principio, han declarado la irresponsabilidad por los contenidos que muestran, a la vez que no imponen la obligación de monitorear lo que circula en la red y enlaza el buscador.

Es decir que se proclama que hay una “porción” de responsabilidad subjetiva (*in vigilando*) de la que también están exentos los buscadores no obstante los resultados dañinos que pudieran estar tolerando.

Estados Unidos de América figura entre uno de esos países que fijan la irresponsabilidad, determinando que ningún proveedor de servicios informáticos interactivos será tratado por editor o vocero de información proporcionada por otro de contenidos informativos.

Como principio señala la CSJN también que diversas Relatorías para la libertad de expresión de Organizaciones Internacionales emitieron una declaración similar, en cuanto que nadie que ofrezca únicamente servicios técnicos de internet (acceso, búsqueda o conservación de información), deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de esos servicios y que no se deberá exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios. (Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet; Organización de las Naciones Unidas, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Organización de los Estados Americanos y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1° de junio 2011).

Es decir que, fijado qué quiere decir contenidos de terceros, nada nuevo aportan los principios que declaran la irresponsabilidad para quien transmite esa información. Baste recordar la doctrina Campillay que garantiza el derecho de informar contenidos de terceros mencionando la fuente responsable, para que como jurisprudencia pacífica en el derecho argentino ninguna consecuencia pueda derivarse de esa actividad.

Tampoco sería la localización de un libro dañino en una biblioteca lo que de una manera similar un buscador de información hace posible en la red. Ese hecho sigue siendo hecho de tercero. Por el contrario, *brindar* como biblioteca infantil, por acaso,

material condicionado sólo apto para adultos y cuya responsabilidad no es del niño que entra a esa biblioteca sino de quien organiza esa sección que ha indexado o ha acomodado ese material en un lugar donde directamente lo expone pudiendo generar daños. De allí la importancia de diferenciar y precisar el concepto de quién es un tercero, determinar si la actividad de buscar y recibir, dar información quedan dentro de las pautas bien definidas en la doctrina “Campillay”.

Cuando en la legislación se establece la irresponsabilidad de los proveedores informáticos no se pasa por alto que cada función amerita una actividad definida y específica: el servidor, que brinda conexión o alojamiento de contenidos, no se mantiene ajeno a esa sola función para declararlo irresponsable si organiza también la dirección de mensajes a determinadas personas; tampoco lo serían los buscadores cuando definen los términos y prioridad de “enlace” al margen de la automaticidad en busca de un interés adicional a la información misma.

V. Algunas críticas al fallo

La dificultad para determinar la buena fe y la de precisar cuándo hay hechos de terceros por quien uno no debe responder en materia informativa, se encuentra resuelta en el derecho interno sin necesidad de cotejar reglamentaciones extranjeras -como se hace en el fallo- para crear una norma que no falta.

En efecto, hay una norma que no necesita ser desempolvada, ya que es de reciente data, donde podemos reconocer el avance que nuestros estudiosos, en este caso del derecho, nos han proporcionado con mucha sabiduría e inteligencia. La norma, si bien está contenida en la Ley de Comunicación Audiovisual, ley N° 26522, su especificidad tiene más analogías que diferencias con Internet.

Dice el art. 101, párrafo segundo: “*Se presume la buena fe del titular de un servicio que retransmite la señal íntegra de un tercero en forma habitual que no incluya ni publicidad ni producción propia en tanto se trate de señales y productoras registradas*”.

Mutatis mutandis en Internet no tenemos registros de señales productoras pero existe actividad de los motores de búsqueda. Si esos motores no retransmiten toda, sino la parte de información que ellos por sí direccionan y quieren, o le incorporan publicidad o producción propia, esa actividad *habitual* ya se encuentra manipulada y no puede calificarse íntegramente de terceros para no asignarle responsabilidad propia de los buscadores.

El direccionamiento de la información no es únicamente hacia quien interesadamente pretende que el medio llegue a conocimiento (domiciliario por así decirlo) sino también por el tratamiento que desde una vista particular se da a conocer.

VI. El *obiter dictum* de la Corte

A modo de docencia y lineamientos, la CSJN ha señalado una serie de apreciaciones que, al no estar referidos al caso concreto, han quedado en una suerte de generalidades que sólo funcionarían supeditadas al caso particular. De allí la cantidad de veces que repite la CSJN la expresión “en principio”.

Toda la expectativa creada a la espera de este fallo, se completa con esta parte de la sentencia que tiene más de programática que de operativa y práctica para los juristas avocados a la solución de casuísticas.

Entre las cuestiones que llaman la atención, se halla la preocupación de la CSJN para reducir litigiosidad y abordar el tema relacionado a la notificación previa a la demanda que, en este caso la actora no había cursado extrajudicialmente.

Como esa situación fue tenida en cuenta por la Cámara, no encontró probada la negligencia atribuida a los buscadores y por ello mereció el rechazo de la acción.

Pero dice la CSJN: Si el interesado sufre un daño manifiesto (palmario) es suficiente la notificación privada a los buscadores donde se les advierta fehacientemente de tal circunstancia antes de promover la demanda judicial.

No se expidió la CSJN sobre lo que pasaría en el caso de la ausencia de notificación extrajudicial previa cuando, como en este caso, el daño debía ser demostrado. La importancia de haberse pronunciado la CSJN en este punto estriba en saber si era necesario que el eventual perjudicado antes de demandar debía haberla cursado y, cotejando lo sucedido en autos, verificar si se justificaba la decisión de la Cámara *a quo*, que dejaba firme el decisorio y no permitía la instancia de apelación de la CSJN. No debía tener probada la negligencia de los buscadores porque demandó directamente y con la demanda requirió las medidas cautelares.

¿O es que la demanda no se notifica y contiene un requerimiento aún mayor?

¿Y qué pasaría si a falta de notificación extrajudicial, se ordena la medida cautelar pero demora tres años en darle cumplimiento ampliando el campo de lo “dificultoso” para prevenir al campo de la cesación del daño denunciado?

Las multas o astreintes que pudiera aplicar el Juez para forzar el cumplimiento de la medida tutelar ¿se incorporan al daño cuantificado con la demanda o busca el efectivo acatamiento de la orden judicial?

Era en ese punto de la responsabilidad subjetiva de la manera cómo estaba o no configuraba donde, las decisiones de la Cámara y CSJN podían haberse contrastado.

En otro orden de ideas la CSJN cuestionó la decisión de la Cámara porque le había dado la consideración de *medio* que publica en lugar de *nexo* que enlaza, a los motores de búsqueda en la web.

Así como despejó dudas sobre ese aspecto de ser o no un medio de comunicación el buscador, de igual manera, para no dejar plasmada una sentencia que pudiera contener un exceso de rigor formal que siempre la CSJN ha criticado, pudo haber dejado aclarado el tema de la notificación más allá del límite que merecía la apelación pero que ya estaba la enseñanza en el *obiter dictum*.

Cabía considerar la eventual existencia de responsabilidad del buscador como editor responsable aun como actividad creativa independiente diferente de aquella

que recae sobre un contrato de edición de una obra particular sujeta a cantidad de ediciones, ejemplares, precio, tiempo etc. Ello porque no es la mirada del objeto social de la empresa (buscador de contenidos en Internet) sino también la función que ella realiza y la regulación contenida en normas particulares y específicas que se aplican.

Fue de mucha importancia que la CSJN se haya pronunciado sobre la procedencia de la colocación de filtros para asegurar una tutela preventiva por daños derivados de la libertad de información tratándose de contenidos definidos de “terceros” por quien no debía responder.

En este sentido la única excepción a la tutela preventiva que la CSJN ha reconocido fue en materia de minoridad fundada en el Pacto de San José de Costa Rica, art. 13, donde se establece la responsabilidad ulterior como única posible.

Recuerda la CSJN que debe hacerse una interpretación restrictiva de la censura previa porque tiene una grave presunción de inconstitucional el establecerla teniendo en cuenta la posición privilegiada que tiene la libertad de “prensa” en la Constitución Nacional.

Los filtros por otra parte no son siempre exactos sino que pueden pecar por exceso o defecto por lo que no pueden ser aplicados por norma para proteger a la persona de una información potencialmente perjudicial.

VII. La disidencia

La actividad de los motores de búsqueda está basada en el ejercicio regular de la libertad de expresión constitucionalmente protegida.

No crean información sino que crean enlaces. La mera indexación no produce riesgos a terceros, que por otro lado, si se pretendiera establecer una responsabilidad objetiva vendría a desincentivar la actividad de los motores de búsqueda, que resulta indispensable a quien navega en la red.

El comportamiento antijurídico en esta actividad es posible de dos formas:

- sea porque es anoticiado del comportamiento antijurídico del tercero a quien indexa el material que está produciendo un perjuicio individualizado, sin tomar las medidas pertinentes; o
- porque realiza una actuación activa respecto de los motores; que además de efectuar el enlace, edite, modifique, cree información.

Los buscadores demandados no se encuentran en ninguna de estas dos situaciones para derivar responsabilidad, sea porque no actuaron activamente sea porque no hubo reclamo extrajudicial de parte de la actora y en cuanto a las medidas preventivas fueron satisfechas.

En una frase simple, la disidencia coloca la exención de responsabilidad cuando reduce la actividad del buscador a un mero “enlace”: “no actuaron activamente”.

Pero, en cuanto a que las medidas preventivas fueron satisfechas, nada se dice en qué tiempo fueron cumplidas luego que válidamente se emitieron, si inmediatamente o luego de años de insistencia, que pudo llegar a configurar -o casi hacerlo- el delito de desobediencia, o ser pasible de astreintes a favor y a pedido del interesado.

Y, en el supuesto de no tener otra alternativa que hacer la notificación antes de promover la actora su demanda, ¿cuánto es el tiempo que debía esperar para su cumplimiento? Porque no parece justo que la simple notificación extrajudicial resulte suficiente para reclamar daños y perjuicios, pero que se justifique la demora en cumplir una medida tutelar o cautelar dentro del proceso judicial, atendidos a una formal notificación extrajudicial que bien puede la imposición de costas judiciales subsanarla sin perjuicio de la aplicación de otras normas del derecho de fondo.

En los votos de la disidencia hay una mayor precisión sobre la manera (activa) de producirse el ilícito resarcible originado en los buscadores que exceden su función de simples nexos, pero que sin embargo queda incompleto a la luz de la fijación de los hechos y consecuente norma, cuya aplicación hubieran cubierto otras circunstancias en este actuar activo: caso la publicidad insertada en la información indexada.

Las diferencias sustanciales en el sentido de los votos surgieron con relación a los *thumbnails*, que son informaciones reducidas en tamaño y definición, donde la minoría señala las dos corrientes que existen para hacer responsable, o no, a quien utiliza la reproducción del retrato de la actora:

- aquellos que los consideran un mero enlace,
- aquellos que ven en los *thumbnails* un almacenamiento y reproducción de copia reducida.

En el derecho argentino es ineludible para la disidencia, acudir al art. 31 de la ley 11723 ya que para el uso del retrato es indispensable el consentimiento del interesado y, en este caso, no se presentan las particularidades que configuran excepción.

El voto acoge esta pretensión junto a la eliminación de las vinculaciones existentes puesto que resulta compatible con la libertad de expresión y también acoge la tutela preventiva con enlaces asociados aunque no identificados puesto que la actividad que realizan los buscadores en Internet no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo.

Con buenos fundamentos, luego de explicitar las dos teorías sobre la reproducción de imagen, adhiere a la que consideramos correcta. Porque no es la cantidad ni calidad de la información almacenada sobre la imagen lo que justifica el almacenamiento con fines de enlaces a los motores de búsqueda. Es la consideración misma del derecho a la propia imagen que sólo cede ante el consentimiento, el hecho público y, con reserva, el fin científico (didáctico y cultural en general), que la imagen es tratada como un bien personalísimo dentro del derecho de la propiedad intelectual.

VIII. A modo de reflexión

Si bien la CSJN se ha expedido en un caso que ha sido esperado, quedan aspectos por resolver sin haberse aprovechado plenamente el caso elegido para hacerlo.

Como bien se recordará esto hizo la CSJN al acoger por vez primera el derecho de respuesta (*Ekdmedjan vs. Sofovich*) oportunidad en la que redefinía la traba de la *litis* e incluso la pretensión esgrimida por el actor, a fin de hacer viable el reconocimiento del derecho sin reglamentar, aunque aclarando que esas circunstancias eran válidas para el caso tratado y no valía para invocarse como precedente.

Lo positivo que queda de este fallo es que la única responsabilidad posible en este tipo de actividad es la responsabilidad subjetiva, rechazando cualquier insinuación a la responsabilidad objetiva.

Esa misma responsabilidad es la que ha venido sosteniendo la CSJN en materia informativa y de alguna manera han justificado las diferentes doctrinas creadas para hacer un balance de la libertad de información con el resto de derechos.

Aún queda mucho que esclarecer, pero en especial, que no hace falta recurrir al derecho comparado para saber cómo deberíamos hacer en el derecho interno.

La disidencia también ha dejado al desamparo en gran medida, la fundamentación que la mayoría ha realizado sobre el uso de la imagen con los buscadores, máxime cuando se pretendía argumentar con la cantidad de *pixeles, bytes y snipper* que contenía la información del buscador que deriva a la página original de la web con lo cual demuestra que el debate continúa, en lugar de haberse terminado.

SENTENCIA: R 522 XLIX

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 18/10/2014

Asunto: "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios"

Magistrados: Carlos S. Fayt, Elena I. Highton de Nolasco, E. Raúl Zaffaroni. En disidencia parcial: Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda. (Publicado en www.csjn.gov.ar)

Considerando:

1) Que María Belén Rodríguez promovió demanda de daños y perjuicios contra *Google Inc.* (Google) -después ampliada contra *Yahoo de Argentina SRL* (Yahoo)- en la que sostenía que se había procedido al uso comercial y no autorizado de su imagen y que, además, se habían avasallado sus derechos personalísimos al habérsela vinculado a determinadas páginas de Internet de contenido erótico y/o pornográfico. Pidió también el cese mencionado uso y la eliminación de las señaladas vinculaciones (fs. 60/87 y 124/127).

2) Que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y consideró que las demandadas habían incurrido en negligencia culpable "al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia" (fs. 1366 vta./ 1367). Condenó a Google a pagar \$ 100.000 y a Yahoo \$ 20.000, disponiendo "la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual; erótico y/o pornográfico" (fs. 1370).

3) Que apelado el fallo por todas las partes, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil lo revocó parcialmente (fs. 1793/1823). El *a quo* rechazó el reclamo contra Yahoo y lo admi-

tió contra Google, reduciendo -en este último caso- la indemnización a la suma total de \$ 50.000, al tiempo que dejó sin efecto el pronunciamiento de primera instancia en cuanto éste disponía la eliminación de las mencionadas transcripciones (ver considerando 2° *in fine*).

Para así decidir, el *a quo* optó por encuadrar la eventual responsabilidad de los llamados "motores de búsqueda" (como Google y Yahoo) en el ámbito de la responsabilidad subjetiva y descartó que pudiera aplicarse el art. 1113 del Código Civil en la parte que alude al "riesgo" (fs. 1807/1813 vta.).

4) Que la cámara señaló que la actora no había intimado extrajudicialmente a las demandadas sino que había pedido y obtenido -directamente- medidas cautelares (fs. 1813 vta.).

A continuación, el *a quo* analizó las constancias de autos, para concluir que "no se ha acreditado que las demandadas, frente a una notificación puntual de la actora que haya dado cuenta de la existencia de contenidos lesivos para sus derechos en determinados sitios, hayan omitido bloquearlos, con lo cual no se encuentra probada su negligencia en los términos del art. 1109 del Código Civil" (fs. 1815 vta.). Revocó el fallo, por lo tanto, en este punto, en cuanto condenaba a Google y a Yahoo.

5) Que la cámara condenó, sin embargo, a Google, en el tema relativo a los llamados *thumbnails* que contenían la imagen de la actora, por entender que Google debía haber requerido el consentimiento de aquélla, de acuerdo a lo impuesto por el art. 31 de la ley 11.723 (fs. 1815 vta./1817 vta.).

Por fin, el *a quo* estimó que el eventual damnificado debe notificar puntualmente al "buscador" sobre la existencia de contenidos nocivos en una página web determinada y ello "no admite, por consiguiente, una orden genérica de la extensión de la contenida en la sentencia", por lo que esta última fue revocada en ese punto (fs. 1820).

6) Que contra el fallo la parte actora y Google interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1827/1848 y 1850/1868, respectivamente), los que fueron concedidos por la cámara solo en cuanto estaba en juego la inteligencia de derechos de raigambre constitucional y los denegó por la causal de arbitrariedad invocada (fs. 1930/1931). Contra esa concesión limitada, no se dedujeron recursos de queja.

7) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo que se desarrolló durante los días 21 y 29 de mayo del corriente año, en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente.

8) Que los recursos son formalmente admisibles en tanto existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inciso 3° del artículo 14 de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y la decisión impugnada es contraria a los derechos que las recurrentes pretenden sustentar en aquéllas.

Cabe recordar, además, que en la tarea de esclarecer la inteligencia de cláusulas del carácter antes señalado, esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación, que rectamente le otorgue (conf. Fallos: 323:2054; 325:1194; 326:3038, 4711; 327:1220; entre otros).

9) Que, en primer término, corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso: por un lado, la libertad de expresión e información y, por el otro, el derecho al honor y a la imagen.

10) Que la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet. Así ha sido reconocido por el legislador nacional al establecer en el artículo 1° de la ley 26.032 que "[1]a búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión".

En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos ha dicho "que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación" y ha agregado que "los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres" ("Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet", 1° de junio de 2011, puntos 1.a y 6.a, respectivamente).

También se ha señalado que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se aplica plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet (Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, "Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet", 29 de junio de 2012, párrafo 1°; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Libertad de Expresión e Internet", Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 31 diciembre de 2013, párrafo 2).

Por su parte, la importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda en el funcionamiento de Internet resulta indudable. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al señalar que "la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página Web en la que se publican estos mismos datos" (conf. "Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia. Española de Protección de Datos, Mario Costeja González", sentencia del 13 de mayo de 2014).

11) Que desde este punto de vista, el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva. Así, a través de Internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o no hacerlo— sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, Internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública.

Es por ello que se ha subrayado el carácter transformador de Internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a la información y fomenta el pluralismo y la divulgación de información (conf. "Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet", citada *supra*, del 1° de junio de 2011). El acceso a Internet, debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto, posee un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información en su doble dimensión, individual y colectiva (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Libertad de Expresión e Internet", citado anteriormente, párrafo 36).

12) Que cabe recordar que esta Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático al afirmar que "[e]ntre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa protege fundamentalmente su propia esencia contra toda desviación tiránica" (Fallos: 331:1530, entre otros).

También ha manifestado que la libertad de expresión no solo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento sino incluso al derecho social a la información de los individuos que viven en un Estado democrático (doctrina de Fallos: 306:1892; 310:508). Desde este punto de vista, la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 5/85, párrafo 70 y casos

"Herrera Ulloa", párrafo 112; "Ricardo Canese", párrafo 82; "Kimel", párrafos 87 y 88; "Aritz Barbera y otros ["Corte Primera de lo Contencioso Administrativo"] vs. Venezuela", sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 131; "Ríos vs. Venezuela", sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 105; y "Perozo y otros vs. Venezuela", sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 116) como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política. Como lo ha manifestado la Corte Suprema de los Estados Unidos: "[s]e trata de la esencia misma del autogobierno" ("Garrison v. Louisiana", 379 U.S. 64, 1964).

13) Que el derecho al honor se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito (Fallos: 331:1530, voto de la jueza Highton de Nolasco).

Por su parte, el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Al respecto, esta Corte ha dejado claramente establecido que dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

Así, en Fallos: 306:1892 el Tribunal estableció que el citado artículo 19 "...protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones, familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen..." (en igual sentido, Fallos: 335:799).

14) Que así delimitada la cuestión, corresponde abordar la pretensión de la actora de que el caso sea juzgado de acuerdo a las reglas de la responsabilidad objetiva regulada en el artículo 1113 del Código Civil, por ser ésta la que mejor se compadece con la tutela de los derechos personalísimos que esgrime.

Corresponde hacer una afirmación liminar que inspirará el pronunciamiento de este Tribunal. Cuando -como en el caso de autos- el *thema decidendum* pone en juego normas del derecho común que tienen relación con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; la interpretación que se haga de aquéllas debe ser la que mejor armonice con los citados derechos.

Así se expresó el Tribunal Constitucional Alemán en el paradigmático caso Lüth: "A partir de la importancia fundamental que tiene la libertad de expresión para el Estado democrático liberal, surge que no sería consecuente, desde el punto de vista de este sistema constitucional, dejar en manos de la ley común... toda relativización de este derecho fundamental. Antes bien, aquí también rige el principio, que ya se ha mencionado antes, acerca de la relación de los derechos fundamentales con el ordenamiento del derecho privado: las leyes generales, en tanto tienen como efecto restringir un derecho fundamental, deben ser vistas e interpretadas a la luz del significado de ese derecho, de tal manera que quede en todos los casos salvaguardado el contenido axiológico fundamental de aquél" (BVerfGE, tomo 7, págs. 198 y 208).

En sentido similar, esta Corte ha expresado ya hace mucho tiempo que en materia de interpretación de las leyes debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional (Fallos: 200:180).

Y más recientemente, al señalar que la interpretación de un artículo del Código Civil debía adecuarse a la comprensión constitucional del derecho en juego, señaló que "[e]s un principio hermenéutico utilizado por este Tribunal desde sus primeros precedentes que de ese modo deben entenderse todos los preceptos del ordenamiento jurídico (Fallos: 255:192; 285:60; 299:93; 302: 1600), desde el momento en que esa integración debe respetar los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo (Fallos: 312:111; 314:1445)" (Fallos: 329:5266).

15) Que esta Corte adelanta su conclusión: no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los "motores de búsqueda" de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva.

Los "motores de búsqueda" (*search engines*) son los servicios que buscan automáticamente en Internet los contenidos que han sido caracterizados por unas pocas "palabras de búsqueda" (*search words*) determinadas por el usuario. Su manera de funcionar los caracteriza como una herramienta técnica que favorece el acceso al contenido deseado por medio de referencias automáticas (Thibault Verbiest, Gerald Spindler, Giovanni M. Riccio, Aurélie Van der Perre, *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, Noviembre 2007, pág. 86).

Esta última es la tendencia dominante en el derecho comparado.

Hay países que tienen legislación específica para regular problemas como los de autos y otros que, a falta de ella, recurren a los principios generales de la responsabilidad civil.

En unos y otros se afirma que los "buscadores" no tienen una obligación general de "monitorear" (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web. Y, sobre esa base, se concluye en que los "buscadores" son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado.

La directiva europea 2000/31 EC establece en su artículo 15.1: "Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los arts. 12, 13 y 14". La legislación en Chile contiene una norma muy similar al transcripto artículo 15 de la directiva 2000/31 EC en cuanto sostiene que "los prestadores de servicios referidos en los artículos precedentes no tendrán, para efectos de esta ley, la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (art. 85 P, de la ley 17.336, modificada por la ley 20.345, de mayo del 2010)".

16) Que a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue -como lógico corolario- la inexistencia de responsabilidad.

Brasil, en su recientemente sancionada ley 12.965 sobre "Marco Civil de Internet" (abril de 2014), establece que los proveedores no son responsables civilmente por daños provenientes de contenidos generados por terceros (art. 18), lo que armoniza con la inexistencia de una obligación general de monitoreo.

España, en la ley 34 de 2002, dispone que, como principio, los prestadores que "faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios" (art. 17.1). También esta disposición concuerda con la inexistencia de una obligación de vigilancia.

En los Estados Unidos, el artículo 230 de la *Communications Decency Act* establece que ningún proveedor de servicios informáticos interactivos será tratado como editor o vocero de información proporcionada por otro proveedor de contenidos informativos.

En un informe para la Organización de las Naciones Unidas se expresó que nadie debiera estar sujeto a responsabilidad por un contenido en Internet del que no sea autor (Frank La Rue, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, ONU, mayo de 2011, pág. 20).

Diversas relatorías para la libertad de expresión de organizaciones internacionales emitieron una declaración conjunta en la que sostuvieron que, como principio, nadie que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet (acceso, búsqueda o conservación de información), deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de esos servicios y que no se deberá exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios (Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet; Organización de las Naciones Unidas, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Organización de los Estados Americanos y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1º de junio de 2011).

Se ha dicho, gráficamente, que responsabilizar a los "buscadores" -como principio- por contenidos que no han creado, equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido la localización de un libro de contenido dañino, so pretexto que habría "facilitado" el daño. Más allá de que la sanción sería injusta, es muy probable que -de seguirse ese criterio "objetivo" de responsabilidad- terminarán cerrándose muchas bibliotecas, con gran perjuicio de los lectores (*Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.*, Court of Appeal-Queen's Bench Division, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL16-07-2009).

Otro tanto sucedería, sin duda, con los "buscadores" en Internet, de aplicarse igual criterio.

La pretensión de aplicar responsabilidad "objetiva" en este tema, es de una llamativa insustancialidad. Si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita -que, por hipótesis, debe ser condenada- no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél.

Lo expuesto resulta suficiente a efectos de desechar la aplicabilidad de un criterio "objetivo" de responsabilidad civil.

La libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que -por definición- prescinde de toda idea de culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquél a quien se endilga responsabilidad.

17) Que sentado lo expuesto, hay casos en que el "buscador" puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado *efectivo conocimiento* de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente.

Así lo establecen los países que, como principio, consideran irresponsables a los *search engines*. A partir del momento del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web, la "ajenidad" del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa.

En nuestro país, es el artículo 1109 del Código Civil el que correspondería aplicar en el señalado supuesto.

En el sub lite la cámara ha decidido que no hubo culpa cuando se trató de bloquear páginas indicadas por la actora, en el marco de la medida cautelar ordenada. Por la forma en que la instancia de esta Corte fue abierta, no es posible volver sobre la apuntada decisión.

18) Que, aunque no resulte necesario para resolver el presente caso, conviene que el Tribunal se expida, a modo de *obiter dictum* y como orientación, sobre un punto que merece diversas soluciones en el derecho comparado y acerca del cual no existe previsión legal. A los efectos del *efectivo conocimiento* requerido para la responsabilidad subjetiva, cabe preguntarse si es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al "buscador" o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente.

En ausencia de una regulación legal específica, conviene sentar una regla que distinga nítidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento, lo que registra antecedentes en alguna legislación (artículo 16 del decreto-ley 7 de 2004 de Portugal).

Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual. La naturaleza ilícita -civil o penal- de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento.

Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al "buscador" que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces. Por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.

19) Que Google se agravia de la condena del *a quo*, en cuanto éste entendió que la existencia de *thumbnails* relativos a imágenes de la actora conllevaba la obligación de requerir el consentimiento de ésta.

El fallo recurrido caracteriza a 'los *thumbnails*'; de esta manera: "el motor de búsqueda muestra una copia reducida, tanto en pixeles (resolución) como en bytes (tamaño del archivo), de la imagen original existente en la página encontrada [...] con expresa referencia y ligazón (links) al sitio web donde ella se ubica. Ello es realizado por el motor de búsqueda para que las vistas miniaturizadas de la imagen original sean una referencia para el usuario de Internet, quien si pretende ver aquélla será direccionado a la página web del tercero en donde se encuentra alojada" (fs. 1816).

20) Que el *thumbnail* tiene, respecto de la imagen original "subida" a una página de Internet, una función de mero "enlace". La misma que tiene el *snippet*, o pequeña porción del texto que contiene esa página. Dan idea al usuario del contenido de la página y le permiten decidir si accederá, o no, a aquélla. Obviamente, la imagen original y el texto original -"subidos" a la página web- son responsabilidad exclusiva del titular de aquélla, único creador del contenido.

Por eso no corresponde aplicar al "buscador de imágenes" y al de "textos" normas distintas. Ambos "enlazan" a contenidos que no han creado. En consecuencia, la cámara, cuando afirma que "el hecho de que la actora haya producido sesiones fotográficas para distintas revistas no impide que el empleo de esas fotografías sin su consentimiento en un medio distinto haya representado un daño moral resarcible" (fs. 1819), atribuye al "buscador de imágenes" (y a su resultado, el *thumbnail* impropia condición de "medio" que ha "empleado" la imagen. Esa condición, según la caracterización del *thumbnail* que la misma cámara ha dado, solo corresponde atribuirla -exclusivamente- al creador de la página web, que será quien deberá responder por la eventual utilización impropia.

21) Que las consideraciones precedentes evidencian que la decisión apelada resulta infundada en este punto, en tanto considera directamente aplicable al caso la prohibición contenida en el art. 31 de la ley 11.723 sin reparar en que no se juzga aquí la responsabilidad que podría atribuirse a una página de Internet -por la indebida publicación o reproducción de imágenes- sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace con aquélla.

No debe perderse de vista que el servicio de imágenes constituye una herramienta de búsqueda automatizada que muestra -a través de los denominados "*thumbnails*"- una copia reducida de las imágenes que existen en la web relacionadas con las palabras ingresadas y con expresa referencia al sitio en el que ellas se encuentran alojadas. De modo que la conducta que llevan a cabo los buscadores no es susceptible de ser encuadrada en la norma citada, pues consiste en una simple recopilación automática de vistas en miniatura que solo tiene por finalidad permitir a los usuarios acceder a las páginas de Internet que contienen las imágenes originales.

22) Que sin perjuicio de ello, y toda vez que, como se señaló, el servicio de imágenes está sujeto a las mismas normas que el de texto, los buscadores podrían incurrir en responsabilidad en los términos de la citada disposición si, una vez notificados válidamente de la infracción, no actuaran con la debida diligencia.

23) Que, finalmente, corresponde tratar el agravio de la recurrente dirigido a cuestionar la sentencia del *a quo* en cuanto dejó sin efecto el pronunciamiento de primera instancia que había decidido disponer la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, la imagen y las fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de Google.

Para así decidir, la cámara entendió que el establecimiento de filtros por parte de Google que debían incluir uno o más términos y la eventual conexión entre ellos, conllevaba un problema en tanto "la exclusión de determinadas palabras puede pecar por exceso (por ejemplo, eliminando también el acceso a páginas referidas a homónimos) o por defecto (porque pueden quedar fuera otros contenidos agraviantes en los que se expresan similares conceptos mediante el empleo de palabras distintas" (fs. 1812 vta.).

24) Que tal como se encuentra planteado por la recurrente, el presente agravio conduce a examinar la posibilidad de establecer, en supuestos como el sub lite, una condena que obligue a Google a fijar filtros o bloqueos de vinculaciones para el futuro. Es decir, se trata de determinar si, en casos en los que está en juego la libertad de expresión, resulta procedente la tutela preventiva con el objeto de evitar que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva para los derechos personalísimos de un sujeto.

25) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa en su artículo 13, inciso 2º que: "El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente [derecho a la libertad de pensamiento y de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás...".

26) Que en esa línea esta Corte ha requerido que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623) y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina Fallos: 315:1943, considerando 10). Es por ese motivo que a lo largo de los precedentes referidos al derecho constitucional a la libertad de expresión, este Tribunal se ha inclinado, como principio, a la aplicación de las responsabilidades ulteriores a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles (conf. doctrina de Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508, entre muchos otros).

Ello es así ya que, tal como lo manifestara el juez Fayt en su voto en Fallos: 324:975, la jurisprudencia del Tribunal ha sido consecuente con el principio rector según el cual el derecho de prensa goza en nuestro ordenamiento de una posición privilegiada. Y esto no podría ser de otro modo, puesto que la sociedad contemporánea respira a través de la información y de la comunicación, de modo tal que en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso (Alexis de Tocqueville, "La democracia en América", traducción de Luis R. Cuéllar, F.C.E., México, 1957, págs. 202 y sgtes.).

27) Que, en este aspecto, es interesante tener presente la doctrina constitucional de los Estados Unidos, pues al margen de las diferencias que se observan en los textos fundamentales, no puede discutirse su autoridad paradigmática en la interpretación del modelo democrático y del ejercicio de las libertades que le son inherentes. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha manifestado que cualquier sistema de restricciones previas tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad ("Freedman v. Maryland", 380 U.S. 51, 1965; "Carroll v. President and Commissioners of Princess Ann", 393 U.S. 175, 1968; "Bantam Books, Inc. v. Sullivan", 372 U.S. 58, 1971; "Organization for a Better Austin et al. v. Keefe", 402 U.S. 4315, 1971; "Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad", 420 U.S. 546, 1976).

28) Que el principio expuesto solo podría ceder frente a supuestos absolutamente excepcionales, tal como lo reconoció la Corte en el citado precedente de Fallos: 324:975. Allí el Tribunal dispuso una medida de tutela preventiva por la cual prohibió la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de un menor que en un juicio civil en trámite reclamaba el reconocimiento de la filiación de su presunto padre. Dicha medida se fundó en la protección judicial del interés superior del menor en tanto la difusión masiva de su nombre podía causar, por su vulnerabilidad y conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en su desenvolvimiento psicológico y social. Es decir, se tuvo en cuenta para justificar la medida de tutela preventiva que se trataba de un juicio filiatorio -de derecho de familia y de carácter reservado-, en el que estaban en juego los derechos personalísimos de un menor y que éste contaba con menos herramientas que el adulto para sobreponerse a la afectación que a su intimidad se causara, lo que obligaba a reflexionar con especial cuidado acerca de la eficacia de reparaciones posteriores. A su vez, la medida se ciñó estrictamente a lo que resultaba indispensable (prohibición de divulgar el nombre del menor) para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa.

29) Que en tales condiciones el agravio de la recurrente debe ser desestimado en este punto, en tanto no ha siquiera invocado que el caso justifique apartarse de los principios que se desprenden de la jurisprudencia de este Tribunal en la materia.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima el recurso extraordinario de la actora y se hace lugar al deducido por Google, revocando parcialmente la sentencia apelada y rechazando la demanda en todas sus partes (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas de todas las instancias por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Disidencia parcial del Señor Presidente Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti y del Señor Ministro Doctor Don Juan Carlos Maqueda:

Considerando:

1º) Que María Belén Rodríguez promovió demanda contra Google Inc. y contra Yahoo de Argentina S.R.L. con fundamento en los siguientes hechos. Alegó que se desempeña como modelo profesional y actriz con un amplio reconocimiento público y que, precisamente, por el despliegue de su actividad, el uso de su imagen le resulta de vital importancia. Señaló, asimismo, que comprobó, ingresando a los servicios de los buscadores que gestionan las demandadas, que su nombre, fotografías e imágenes resultaban expuestas sin su consentimiento o autorización y que, en muchos casos, además, aparecían vinculados a sitios de internet de contenido sexual, pornográfico y de otras actividades vinculadas con el tráfico sexual. Puntualizó, que conforme a las probanzas acompañadas a la medida cautelar que promovió, se desprende que si se realiza una búsqueda a través de los servicios de las demandadas se obtiene como resultado una serie de enlaces a diferentes sitios de la web que la vinculan con actividades sexuales agraviantes para con su persona e incompatibles con su forma de vida y conducta. Dijo, concretamente, que si no fuera por la posibilidad que dichos buscadores brindan a los titulares de esas páginas web, de difundir su actividad a través de sus motores de búsqueda, el daño provocado sería sensiblemente menor, o prácticamente nulo ya que, en dicho caso, pocos la vincularían con dichos sitios y contenidos. Por lo tanto, el desprestigio sufrido obedeció a la directa vinculación que se realiza de su nombre a los referidos sitios de internet.

Adujo además que las demandadas realizan, en sus respectivos sitios de internet, un uso indebido de su imagen y fotografías profesionales dado que, es realizado sin el consentimiento del titular que contempla el artículo 31 de la ley 11.723, y sin que, alternativamente, se dé en la especie ninguna de las justificaciones de interés general que contempla el segundo párrafo de la norma.

2) Que la demanda presentada por la actora contiene cuatro pretensiones diferentes: a) la reparación del daño causado a su honor, su nombre, su intimidad y su imagen al relacionársela arbitrariamente con páginas de internet vinculadas a contenidos pornográficos; b) el resarcimiento económico por el uso de su imagen sin autorización de modo indebido; c) el cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y nombre; d) la eliminación definitiva de toda vinculación de su imagen y nombre con los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico invocados, que se realizan a través de los buscadores que gestionan las demandadas.

3) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, rechazó el reclamo contra Yahoo y lo admitió parcialmente contra Google.

Para así decidir, respecto de la primera pretensión de la actora, el tribunal *a quo* optó por encuadrar la eventual responsabilidad de los llamados “motores de búsqueda” (como Google y Yahoo) en el ámbito de la responsabilidad subjetiva y descartó que pudiera aplicarse el art. 1113 del Código Civil en la parte que alude al “riesgo” (fs. 1807/1813 vta.).

Sostuvo que la responsabilidad civil de los “motores de búsqueda” encuentra su fundamento en la culpa y surge cuando, ante un reclamo específico de la víctima, la empresa omite adoptar las medidas conducentes para su efectiva solución, ya que, debido al modo en que funcionan los buscadores, resulta imposible hacerlo en forma previa, de modo general e indeterminado. Afirmó que, en el caso, la actora no había realizado dicho reclamo, promoviendo una medida judicial cautelar frente a la cual la demandada respondió corrigiendo según lo peticionado, con lo cual -entendió- no se encontraba probada culpa alguna. Revocó, por lo tanto, el fallo en este punto, en cuanto condenaba a Google y a Yahoo.

Con relación a la segunda pretensión articulada, la cámara condenó a google, en el tema relativo a los llamados “thumbnails” que contenían la imagen de la actora, por entender que debía haber requerido el consentimiento de aquella, de acuerdo a lo impuesto por el art. 31 de la ley 11.723 (fs. 1815 vta./1817 vta.).

Finalmente, el *a quo* rechazó las pretensiones referidas al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y nombre, como así también, de eliminar todo vínculo de éstos con los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico invocados, que se realizan a través de los buscadores que gestionan las demandadas, revocando la decisión de primera instancia que la había admitido. Entendió que el eventual damnificado debe notificar puntualmente al “buscador”, en cada caso y por cualquier medio, sobre la existencia de contenidos nocivos en una página web determinada y solicitar su bloqueo, pues ello “no admite, por consiguiente, una orden genérica”.

4) Que contra el fallo la parte actora y Google interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1827/1848 y 1850/1868), los que fueron concedidos por la cámara solo en cuanto estaba en juego la inteligencia de derechos de clara raigambre constitucional, con expresa denegación de aquella parte en la que se invocaba la arbitrariedad del pronunciamiento (fs. 1930/1931). Contra esa concesión limitada, no se dedujeron recursos de queja.

5) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo que se desarrolló durante los días 21 y 29 de mayo del corriente año, en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente.

6) Que los recursos extraordinarios resultan formalmente procedentes en los términos del art. 14 de la ley 48, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia brindada por el *a quo* a normas

del derecho federal, pues, en la causa, se encuentran en juego tantos derechos personalísimos de raigambre constitucional como, por el otro lado, la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Asimismo, al encontrarse en discusión el alcance de derechos y garantías constitucionales, corresponde señalar que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto de disputa (Fallos: 311:2553; 314:529; 321:861, entre otros).

7) Que, para una mejor comprensión, corresponde precisar las partes y los derechos que se encuentran en conflicto con el presente caso. Por un lado, la actora María Belén Rodríguez, quien se desempeña como modelo profesional y artista, sustentó sus pretensiones en la violación a los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, en tanto se la vinculó e incluyó en páginas de internet de contenido sexual, erótico y pornográfico que en nada se compadecerían con su actividad profesional. Por el otro, la demandada recurrente Google Inc., en su carácter de proveedora de un “motor de búsqueda” en internet, ha fundado su posición en el derecho a la libertad de expresión.

8) Que, a los fines de abordar los agravios planteados, corresponde señalar que, en ausencia de una regla de derecho determinada que prevea una solución específica, el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por las partes.

Esta valoración, además, no puede arribar a una solución que consagre derechos constitucionales absolutos y debe efectuarse teniendo en cuenta que constituye una pauta elemental de aquella tarea hermenéutica, que los derechos consagrados en la Constitución deben ser interpretados armónicamente, de modo que unos no excluyan a otros (conf. Fallos: 264:94, 272:231; 290:83; 297:201; 300:700; 304:319; y 1524, entre otros).

9) Que sentado ello, es preciso indicar que este Tribunal ha afirmado que la libertad de expresión que consagran los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y el art. 13, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección” (Fallos: 316:703; 335:2393 y “CIPPEC c/EM M Desarrollo Social dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986”, fallada el 26 de marzo de 2014).

Asimismo, esta Corte Suprema siempre ha resaltado el valor que tiene la libertad de expresión en las sociedades democráticas, dándole un lugar preeminente para el desenvolvimiento institucional de la República (Fallos: 248:291; 3515:1943; 320:1972; 321:2250; 332:2559 y causa S.755. XLVI “Sujarchuk, Ariel Bernardo c/Warley, Jorge Alberto s/daños y perjuicios”, sentencia del 1 de agosto de 2013, entre otros).

10) Que por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión al describir sus dimensiones individual y social (confr. Fallos: 335:2393 y causa “Sujarchuk” y “CIPPEC” anteriormente citadas).

En efecto, ha señalado que quienes están bajo la protección de la convención tienen el derecho de buscar y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión en una sociedad democrática tiene una dimensión individual y una dimensión social: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (conf. OC-5/85 “La Colegiación Obligatoria de Periodistas” del 13 de noviembre de 1985, párr. 30 y casos “Kimmel vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 53; “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otro) vs. Chile”, sentencia del 6 de febrero del 2001, párr. 146; “Herrera Ulloa vs.

Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 108 y “Ricardo Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 7).

11) Que la ley 26.032 dispone que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (art. 1), lo que constituye una calificación ineludible del legislador.

12) Que en efecto, habida cuenta del alcance global que tiene la internet, que permite que una cantidad incalculable de personas de todo el mundo expresen sus opiniones y vuelquen información respecto de múltiples temas y que, a su vez, aumenta de manera significativa la capacidad de buscar y acceder a esa información, quienes realizan la actividad de facilitar dicha búsqueda y/o difusión en la red cumplen un rol esencial dentro de la libertad de expresión, pues potencian el ejercicio de su dimensión local.

En este mismo sentido, recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que “la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos” (conf. “Google Spain SL, Google Inc. V. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014).

Así también lo expresa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe del año 2013 al señalar que en la actualidad, el derecho a la libertad de expresión encuentra en Internet un instrumento único para desplegar, incrementalmente, su enorme potencial en amplios sectores de la población (conf. Volumen II, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, pág. 495, párr. 10).

13) Que, del conjunto de las consideraciones precedentes se desprende que, en primer lugar, la actividad de la demandada en tanto proveedora del servicio de motores de búsqueda constituye una actividad lícita basada en el ejercicio de la libertad de expresión constitucionalmente protegida. Segundo, que la libertad de expresión es un principio fundamental del ordenamiento constitucional, y que corresponde la carga argumentativa y probatoria a quien invoca una eventual restricción.

14) Que aclarado ello, cabe concluir que en la medida en que la actividad de la demandada constituya el ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión, por sí sola, no puede constituir como ilícito ningún acto.

Por lo tanto, para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil, resulta insoslayable verificar la existencia de un daño injustamente causado por un comportamiento imputable al autor. Ello es así, entre otras razones, porque no existe en nuestro ordenamiento -como tampoco en la experiencia del derecho comparado- un deber genérico de resarcir ante la sola materialización de un perjuicio (arg. Fallos: 316:1623, considerando 10).

15) Que para tal fin, previamente, conviene reseñar de modo sucinto, en lo que aquí interesa, el funcionamiento de los motores de búsqueda como el que provee la demandada recurrente.

En tal sentido, cabe recordar, atendiendo a las constancias de la causa, que los denominados buscadores de internet son intermediarios entre los usuarios y los sitios que existen en la red, no crean la información disponible en ella, sino que la recorren e indexan automáticamente, mediante el empleo de una tecnología basada en programas informáticos.

De ese modo, prestan un servicio que permite a cualquier usuario conectado a internet, tras ingresar una o varias palabras en el buscador, recibir como respuesta una lista ordenada de sitios de la red que están vinculados, según criterios predeterminados de indexación de los contenidos, a las preferencias del usuario según las palabras con las que orientó su búsqueda (fs. 640 vta. y 667).

La mentada indexación previa de los contenidos, es realizada -como se dijo- en forma automática a través del empleo de diversas herramientas tecnológicas que, constantemente, buscan información en millones de sitios de la red de internet, para luego indexarla y almacenarla de acuerdo a parámetros predeterminados por los que administran el software respectivo (fa. 654 vta.).

Por lo general, los buscadores proveen, sin modificarlos automáticamente (fs. 654 vta.) los cuales, por otra parte, como consecuencia de la dinámica propia de la red, sufren alteraciones.

16) Que, conforme estos hechos, cabe adentrarse en el examen de las condiciones necesarias para atribuir una eventual responsabilidad por los perjuicios que pudieran ocasionar la actividad de la demandada al efectuar una vinculación, a través de los buscadores en la red, que menoscabe derechos personalísimos como el honor, la imagen o la intimidad.

17) Que, en las condiciones actuales del desarrollo tecnológico expuestas en este caso, esa actividad no permite prevenir, de manera genérica y sin una notificación o reclamo previo del interesado, eventuales daños a terceros.

En efecto, basta con atender al funcionamiento de los motores de búsqueda antes referido, particularmente a las características de los procesos necesarios que se deben realizar para concretar la búsqueda y posterior indexación de la información disponible en red, como para descartar que la demandada se encuentre en condiciones técnica y jurídica de evitar, de forma generalizada y anticipadamente, eventuales resultados lesivos.

Ello es así porque, aun en el supuesto de que por hipótesis fuera técnicamente viable -lo que no ha sido fehacientemente demostrado en la causa-, subsistiría no obstante una imposibilidad de orden jurídico para determinar, *prima facie*, la ilicitud de la publicación de la información que realizan terceros (con excepción de aquellos supuestos de palmaria ilicitud).

En efecto, resulta imposible determinar a priori, mecánicamente, si la vinculación a una información o a un determinado contenido reúne, en el caso concreto, los requisitos de un comportamiento lesivo.

No puede desconocerse, que el daño a la imagen u otro derecho personalísimo depende también de cada persona, física o jurídica y de las circunstancias del caso. En algunos supuestos, la conexión de una imagen personal con páginas de contenido diferente puede ser perjudicial, mientras que, en otros, puede ser beneficioso, como un modo de publicidad o de llamar la atención en algún tema específico.

18) Que, en consecuencia la mera actividad de indexar los contenidos publicados por terceros para ser ofrecidos a los usuarios del servicio del buscador, se encuentra dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la difusión de información, conformando una actividad lícita que excluye, a priori, un comportamiento antijurídico base -como se dijo- de un eventual deber de responder.

19) Que la actora ha invocado que se trata de una actividad riesgosa como elemento autosuficiente para fundar la responsabilidad. En primer lugar, cabe señalar que el riesgo es un factor de atribución, es decir, un elemento que requiere, en caso de existir, de los otros presupuestos del deber de responder que no se dan en el caso. En segundo lugar, no resulta posible afirmarlo en nuestro ordenamiento, toda vez que la mera conexión o indexación no produce, por sí misma, ningún riesgo para terceros y los daños que puedan causarse son específicos y determinados, como se verá más adelante. En tercer lugar, tampoco en el nuevo Código Civil y Comercial (sancionado por la ley 26.994) ni en ninguna otra fuente existen elementos como para proceder a una calificación de este tipo que avale el agravio de la accionante. Por último, establecer un régimen de responsabilidad objetiva en esta actividad conduciría, en definitiva, a desincentivar la existencia de "motores de búsqueda", que cumplen un rol esencial en el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en internet.

20) Que despejada la posibilidad de atribuir responsabilidad objetiva, cabe especificar aquellos supuestos en los cuales corresponde imputar responsabilidad a la actividad desplegada por los motores de búsqueda.

21) Que en primer lugar, se configura un comportamiento antijurídico por parte del buscador cuando, con relación al material o a la información provenientes de terceros que han sido indexados y ofrecidos a los usuarios, toma un conocimiento efectivo de que está causando un perjuicio individualizado y, no obstante ello, no adopta las medidas necesarias como para corregir o hacer cesar dicha situación lesiva de la esfera jurídica ajena.

Ello es así por cuanto, en supuesto como el de autos, para que se configure su participación antijurídica en la producción del evento lesivo se requiere, por un lado que el buscador tenga efectivo conocimiento de la ilicitud de la vinculación que un tercero efectúa respecto del nombre o imagen de una persona en una página web, y por el otro que, pese a ello, omita eliminar el enlace que asocia al nombre o la imagen del damnificado con la página en cuestión.

En consecuencia, excepto que el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulta una palmaria ilicitud (por ej. Incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil), en los demás casos, el proveedor del servicio de búsqueda resulta responsable cuando, teniendo un conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remite o recomienda causa un perjuicio individualizado, no actúa con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

22) Que el segundo supuesto del ilícito se configura cuando la actividad de empresas que explotan los motores de búsqueda de internet, como la que realiza la demandada, se aparta de la mera intermediación de los contenidos y asume, mediante diversas modalidades posibles, una actuación activa con respecto a ellos.

Esa situación se presenta, principalmente, cuando apartándose de la actividad de mero “enlace” con los contenidos de terceros, procede a editarlos, modificarlos, o directamente a crearlos, en cuyo caso, tanto el deber de control sobre la información como la eventual responsabilidad por la lesión que ésta pueda producir a terceros, deben ser analizados con arreglo a las reglas de la responsabilidad civil conocidas para este tipo de actividad, según las circunstancias que resulten relevantes en el caso concreto.

23) Que las pautas enunciadas para configurar la responsabilidad son, aun con diferentes matices, las que resultan aceptadas en las legislaciones que se han dictado en el derecho comparado.

En tal orden, cabe mencionar en Brasil a la ley 12.965 sancionada el 23 de abril de 2014 (arts. 18 y 19); en Chile a la ley 17.336, modificada por la ley 20.345 (art. 85 y cc.); en los Estados Unidos de América a la *Communications Decency Act of 1996*, Sección 230 (CDA), sin perjuicio de la aplicación, según el caso, de la *Digital Millenium Copyright Act* del año 1998; en Canadá a la ley de modernización sobre derechos de autor concretada por el Parlamento el 29 de junio de 2012 (art. 35 -31.1-, 47.25 y 41.27-). En la misma línea, sobre la base de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000, se ubican el Decreto legislativo italiano 70 del 9 de abril de 2003 (art. 17); la *E-Commerce-Gesetz* austríaca (14); el Decreto Lei 7/2004 de Portugal (arts. 11, 12 y cc); la ley 2002 N 2013 *Electronic communications. The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002* del Reino Unido (arts. 17, 18 y conc.); entre otras normas que conforman un cuadro inequívoco sobre la cuestión.

24) Que de lo expuesto se desprende con toda claridad que la actividad de los buscadores de internet, consistente en indexar y facilitar enlaces a contenidos de terceros, constituye un ejercicio regular de la libertad de expresión que no origina responsabilidad civil, excepto en los supuestos antes mencionados.

25) Que, como concluyó acertadamente *él a quo*, en el presente caso la actora no acreditó haber cursado ningún reclamo extrajudicial dirigido a las demandadas con el propósito de identificar las páginas indexadas que le producían el perjuicio invocado. Por otro lado, cuando promovió medidas

judiciales y las notificó a las accionadas, éstas cumplieron con los mandatos. En efecto, cada vez que Google fue puesto en conocimiento efectivo de la existencia de contenidos lesivos y se le proporcionaron datos precisos respecto de las páginas que vinculaban a la demandante con contenidos de índole sexual, erótica o pornográfica, procedió a bloquearlos, razón por la cual, de conformidad con los parámetros expuestos en los considerandos anteriores, no cabe endilgar responsabilidad alguna.

Tampoco se ha demostrado ninguna intervención activa por parte de la demandada con relación a los contenidos ilícitos que excediera de la mera indexación, por lo que tampoco se puede, aún bajo este aspecto, imputarle responsabilidad.

Como consecuencia de lo dicho, corresponde rechazar los agravios de la demandante enderezados a cuestionar lo resuelto por él *a quo* en su primera pretensión.

26) Que la segunda pretensión de la actora fue el resarcimiento económico por el uso de su imagen sin su consentimiento y de modo indebido, que fuera recogida parcialmente por la cámara y que motiva el agravio respectivo de Google.

El *a quo* consideró que la existencia de *thumbnails*, de esta manera: “el motor de búsqueda muestra una copia reducida, tanto en pixeles (resolución) como en bytes (tamaño del archivo), de la imagen original existente en la página encontrada (...) con expresa referencia y ligazón (links) al sitio web donde ella se ubica (...). Ello es realizado por el motor de búsqueda para que las vistas miniaturizadas de la imagen original sean una referencia para el usuario de internet, quien si pretende ver aquélla será direccionado a la página web del tercero en donde se encuentra alojada” (fs. 1816).

27) Que con relación a este aspecto existen dos posiciones encontradas. La primera, defendida por la demandada, sostiene que la función del *thumbnail* es de mero “enlace”, siendo una mera referencia sobre el contenido de la página web que se indexa que permite al usuario decidir si accederá, o no, aquélla. Por lo tanto, cumple una función únicamente referencial del contenido original de la página, que es de responsabilidad exclusiva del titular de ésta. Por eso, siendo ambos casos sustancialmente análogos, corresponde aplicar al “buscador de imágenes” y al de “textos” las mismas normas. Ambos “enlazan”, en definitiva, a contenidos creados por terceros.

La segunda postura -que fue el criterio seguido por la cámara- considera que a través de los *thumbnails* los buscadores utilizan, almacenan y reproducen, mediante una copia reducida, imágenes publicadas por terceros, con la posibilidad incluso -según reveló la pericia de autos- de ser descargadas o impresas desde el propio sitio web de Google (fs. 1816 vta./1817 vta.). En este aspecto -sostuvo el *a quo*- “el hecho de que la actora haya producido sesiones fotográficas para distintas revistas no impide que el empleo de esas fotografías sin su consentimiento en un medio distinto haya representado daño moral resarcible” (fs. 1819).

28) Que frente a las posiciones referidas, cabe concluir que en el derecho argentino vigente es ineludible acudir al artículo 31 de la ley 11.723, que establece claramente la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen. La aplicación referida, por lo demás, deviene clara ante la ausencia de distinción en la norma sobre el medio que se emplea.

En función de ello, es pertinente reafirmar que, como ha dicho este Tribunal, de una exégesis de la ley 11.723 se extrae que el legislador ha prohibido -como regla- la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que solo cede si se dan específicas circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (Fallos: 311:1171, considerando 4; 335:2090).

En tal orden de ideas, dado que el caso no presenta particularidades que configuren la excepción a la regla mencionada, cabe rechazar el agravio de la demandada, confirmando en este aspecto, la decisión del *a quo*.

29) Que, finalmente, corresponde examinar las pretensiones de la actora para que se condene a la emplazada a eliminar las vinculaciones existentes de su nombre, imagen y fotografías con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y para que se le prohíba establecerlos en el futuro. Estas pretensiones fueron rechazadas en el fallo recurrido sobre la base que no puede admitirse un pedido genérico de detección y retiro de ciertos contenidos, cualquiera sea el sitio en el que se encuentren (fs. 1812 vta.).

30) Que con relación a la eliminación de vinculaciones ya existentes que afectan el nombre, imagen, honor e intimidad de la actora cabe señalar que lo que por esta vía se pretende es una tutela judicial de un derecho personalísimo que resulta compatible con la libertad de expresión.

Tal pretensión resulta admisible, siempre y cuando, para un adecuado balance de los intereses en juego, se identifique con precisión cuales son los enlaces asociados a su persona y se compruebe el daño que la vinculación ocasiona. Así delimitada, la tutela constituye un tipo de reparación ulterior y evita toda generalización que pueda afectar a la libre circulación de ideas, mensajes o imágenes y con ello, a la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Este derecho, ejercido con relación a los gestores de los motores de búsqueda, ha tenido también reconocimiento en un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C/131/1213 del 13 de mayo de 2014).

En consecuencia, la actora tiene derecho a solicitar a la demandada que elimine aquellas vinculaciones entre su persona y ciertos sitios web de contenido sexual, erótico y pornográfico que haya identificado en forma precisa.

31) Que, asimismo, cabe considerar la procedencia de una tutela preventiva -ante una amenaza cierta de daño- orientada tanto a eliminar otros enlaces existentes -no identificados- que vinculen el nombre, la imagen y fotografías de la actora con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico, como evitar que en el futuro se establezcan nuevas vinculaciones de la misma características, todo ello con el objeto de prevenir que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva de los derechos personalísimos de la actora.

Sobre este punto, cabe dejar en claro que la libertad de expresión que protege a quienes realizan la actividad de buscadores en internet no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo.

En ese orden de ideas, y atendiendo al principio general de prevención del daño, es posible sostener que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado y de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud.

En consecuencia, frente a situaciones como la planteada en autos, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, acorde con la tecnología disponible, los “motores de búsqueda” adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos.

32) Que esta acción de tutela sustancial inhibitoria -receptada en el derecho comparado- resulta admisible en el derecho argentino.

Ello así pues, más allá que su operatividad pueda deducirse con base en una interpretación extensiva de específicas regulaciones legislativas, lo cierto es que desde una perspectiva que asegure el pleno ejercicio del derecho de la tutela judicial efectiva, la verdadera garantía de los derechos y bienes fundamentales consiste precisamente en su protección procesal a los fines de hacerlos efectivos.

En esta inteligencia, esta Corte ha afirmado -con base a señeros precedentes- que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; pues las garantías

constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459, 241:291; 315:1492 y 332:111).

33) Que, atendiendo a los intereses involucrados, la sentencia que hace lugar a una acción preventiva debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia en la obtención de la finalidad.

Este mandato preventivo, que persigue evitar la repetición, agravamiento o persistencia de daños, resulta factible y en modo alguno puede confundirse con la imposibilidad aludida en el considerando 17, habida cuenta que, para su concreción, el afectado o amenazado en su derecho, debe suministrar, de acuerdo a las circunstancias del caso, las pautas de identificación necesarias para su concreción.

34) Que esta tutela preventiva -valga aclararlo- es autónoma de la resarcitoria y no condicionada a la procedencia de ésta ni al ejercicio de una pretensión adicional de condena por los perjuicios ya inferidos.

Por el contrario, mediante esta vía resulta posible que una vez corroborada la existencia de vinculaciones que claramente lesionan derecho personalísimos de una persona, esta pueda requerir judicialmente a los “motores de búsqueda” que, acorde con la tecnología disponible, adopten las medidas necesarias tanto para suprimir la vinculación del damnificado con enlaces existentes de idénticas características como para evitar que en el futuro se establezcan nuevos vínculos de igual tipo.

De esta forma, la protección preventiva opera con independencia de una nueva efectiva configuración del daño en la esfera jurídica del titular, pues la sola amenaza causalmente previsible del bien jurídico tutelado habilita su procedencia.

35) Que, todo lo hasta aquí expuesto, es suficiente para descalificar el fallo apelado en este punto, resultando procedente, por lo tanto, la condena en el sentido apuntado, la que deberá adecuarse y asegurarse de acuerdo a las circunstancias del caso en la etapa de ejecución correspondiente, para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada.

Por todo ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declaran formalmente procedentes los recursos extraordinarios y se revoca parcialmente la sentencia apelada con el alcance que resulta de lo expresado (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas por su orden en atención al modo en que se resuelve (art. 68, 2 párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.