

Comisión N° 10, Comparado: “Daños derivados de la actividad en Internet”

EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN SUBJETIVO EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET. LA NECESIDAD DE UNA ORDEN JUDICIAL Y DE GENERAR UN ESQUEMA DE INCENTIVOS ADECUADO

Autor: Federico S. Carestia*

Resumen

Un régimen de responsabilidad basado en una regla abierta de comunicaciones extrajudiciales podría incentivar al intermediario a eliminar cuanto resultado de búsqueda se le requiera. El beneficio esperado por el consumo de un sitio web particular seguramente sea menor al costo de asesoramiento para determinar la procedencia del bloqueo sumado a la probabilidad de pagar una condena. A fin de proteger el derecho a la libertad de expresión y el derecho al acceso a la información debe requerirse como regla general una orden judicial. A su vez, las excepciones a tal regla deben ser precisas y taxativas para poder brindar reglas de juego claras a los operadores del sistema.

I. Introducción

El análisis del factor de atribución aplicable a los buscadores de Internet, que ha dado mucho que hablar en los últimos tiempos en la Argentina a raíz de pronunciamientos locales heterogéneos, tiene una importancia radical toda vez que el año pasado la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido sobre este asunto delimitando (ante la omisión legislativa) los parámetros aplicables para deslindar posibles responsabilidades de los intermediarios.¹

La múltiple colisión de derechos que se plantea en estos supuestos amerita un análisis integral del ordenamiento jurídico, que omita posturas rígidas que generen incentivos inadecuados para los actores del sistema. Por supuesto que no pretendo agotar en esta instancia todos los conflictos pasibles de suscitarse en esta materia (que pueden incluir cuestiones de lo más variadas; por ejemplo, temas de propiedad intelectual, uso no autorizado de la imagen, protección de datos personales, etcétera), sino limitarme a postular ciertos lineamientos generales. Me referiré específicamente a la posible afectación a derechos personalísimos como el honor o la intimidad, que han sido los temas más recurrentes en el derecho argentino y sobre los cuales –entre otras cuestiones– ha fallado la Corte Federal.

* Profesor Titular de Obligaciones, Universidad de San Andrés. Profesor de Posgrado de Derecho de Daños, Pontificia Universidad Católica Argentina. Ayudante de Segunda de Obligaciones Civiles y Comerciales, Universidad de Buenos Aires.

¹ CSJN, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otros s/daños y perjuicios”, 2014; CNCiv., Sala A, “R., M. B. c. Google Inc. y otros/ daños y perjuicios”, 13/05/2013, LL, 2013-C, 639, JA 2013-III, 493, RCyS 2013-X, 147, RCyS 2013-XI, 78.

En este marco, entonces, se presenta una tensión entre los derechos de los proveedores de contenidos en Internet, los motores de búsqueda que facilitan su acceso, la población que desea consumirlos, y las personas que se consideran perturbadas con su difusión. Las primeras tres categorías –que, según el caso, importan una dimensión individual o social– pueden considerarse englobadas en la protección al derecho a la libertad de expresión o acceso a la información, mientras que la última, en lo que aquí interesa, a la afectación al derecho al honor y/o la intimidad.

A través de Internet pueden publicarse contenidos que resulten injuriantes, calumniosos y/o que ventilen o reproduzcan información íntima de una persona. En la medida que se acredite una afectación al honor o la intimidad, susceptible de una acción de daños y perjuicios, no cabe duda de que –previo análisis de un juez competente– quienes subieron esa información a la red serán responsables de los perjuicios ocasionados.

El interrogante a develar es si se puede extender y, en su caso en qué medida, la responsabilidad a quienes operan como intermediarios. El acceso universal de contenidos que facilitan los buscadores tiene su contrapartida en la posible masificación de información que afecte derechos personalísimos. Para decirlo en otras palabras, por la misma vía que se canaliza de modo revolucionario la libertad de expresión, se pueden repotenciar sustancialmente daños a terceros. En este marco, pues, corresponde analizar las consecuencias que importaría adoptar uno u otro régimen de atribución de responsabilidad.

II. La atribución de responsabilidad

En la República Argentina, ante la omisión legislativa, la doctrina y jurisprudencia han esbozado opiniones diametralmente opuestas. En efecto, por un lado están quienes pregonan un factor de atribución de responsabilidad objetivo cimentado en la teoría del riesgo y, por el otro, quienes postulan un factor de atribución subjetivo basado en el conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido al que se accede a través del motor de búsqueda. Esta última postura se subdivide entre quienes consideran que para que se configure tal conocimiento basta con una notificación del damnificado y los que sostienen que es necesaria una orden judicial de bloqueo.

II.1. El factor de atribución objetivo y las problemáticas derivadas de su aplicación

El primer grupo, enrolado en un factor de atribución objetivo, estima que la actividad de los buscadores es “riesgosa”. En resumidas cuentas, aduce que los buscadores son titulares de sus propias páginas *web*, que han ideado y diseñado los motores de búsqueda (obteniendo un lucro por tal emprendimiento), que facilitan el acceso a los sitios con información perjudicial, y que están en mejores condiciones técnicas de prevenir la generación de daños. Por lo tanto, en su carácter de intermediarios, y como actividad con autonomía dañosa, deben ser responsables por las consecuencias derivadas de los contenidos perniciosos que introducen, reproducen y difunden.

No coincidiré con esta doctrina. Por supuesto que no desconozco que los buscadores pergeñaron una estructura que gobierna la accesibilidad masiva de grandes volúmenes de información que de otro modo no podría haber sido conocida por los usuarios. Tampoco se me escapa que muchas veces el anonimato de los verdaderos responsables, su ubicación geográfica e, inclusive, su posible insolvencia pueden dejar sin reparación a los afectados (aunque esto no significa, claro está, que a través de una

orden judicial de bloqueo de los resultados se pueda evitar que se siga propagando el daño). Sin embargo, estos argumentos no alcanzan para atribuirles sin más una responsabilidad casi ilimitada por cualquier perjuicio, que genere incentivos perversos para los operadores del sistema. Estimo que hay razones suficientes como para apartarse de esta tesitura. Una barrera inicial es que, más allá de la potenciación de daños que pueda generar la difusión, los buscadores –en principio– no crean ni modifican la información que publican los sitios *web* que indexan a través de sus programas de rastreo, por lo que no pueden ser considerados autores ni editores. Los responsables directos del ilícito son quienes subieron a la red los contenidos dañosos².

Sobre este punto, nuestro máximo tribunal, citando un famoso caso británico, remarcó que responsabilizar a los buscadores en este contexto equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido y facilitado la localización de un libro de contenido dañino. A su vez, prosiguiendo con su argumento, la Corte Federal añadió que “si a la vera del camino se desarrolla una actividad ilícita...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”³.

El hecho de que la actividad de los intermediarios se erija como una condición necesaria para que se configure o intensifique el perjuicio no significa que exista una relación causal jurídicamente relevante. Una prueba cabal de ello es que, aún cuando se encuentre responsable al buscador y se ordene el bloqueo de la lista de resultados, el contenido agravante subsistirá alojado en la red, con la potencialidad de reproducirse por otros medios (tales como correo electrónico, *blogs*, foros, *chats*, etcétera; a los que los usuarios accedan de modo directo).

Por lo tanto, no obstante poder echar mano a una orden de eliminación, habría que utilizar las herramientas tecnológicas disponibles para encontrar y responsabilizar a quienes proveen la información perjudicial. Este tipo de acciones por los afectados, y su consiguiente condena judicial, generaría conciencia social en cuanto a la mesura que deben adoptar quienes usan Internet y las redes sociales, a fin de evitar que este espacio tan útil de libre expresión humana no se convierta en un foco de inimputabilidad.

Por otra parte, me parece crucial imaginar por un momento desde una perspectiva de prevención, las consecuencias que podría traer aparejada la adopción de un factor de atribución objetivo. Para comenzar, se estaría incentivando a las empresas a que, para impedir responsabilidades ulteriores, realicen un control de calidad de cada uno de los contenidos que figuran en los sitios *web* que indexan; tarea que resultaría imposible de llevar adelante por diversos motivos. El primero, de índole práctico, organizativo y económico, es que la información que se sube a la red por segundo es absolutamente inabarcable. No se puede relevar, fiscalizar, controlar, monitorear o filtrar los millones de sitios que circulan en Internet. Requerir estas precauciones sería irrazonable y tendría un costo prohibitivo⁴.

A su vez, la inevitable responsabilidad ulterior ante la imposibilidad de prevención podría generar incentivos inadecuados para los usuarios. En efecto, podría haber una

² Horacio Fernández Delpech, "Internet. Su problemática jurídica", *LexisNexis*, 2004, 209.

³ Considerando 16 del fallo “Rodríguez”, que cita a “Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.”, Court of Appeal –Queen’s Bench Division, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL16-07-2009.

⁴ Agustín Waisman y Martín Hevia, “¿Qué deberes de cuidado tienen los motores de búsqueda?”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, coor. Pablo Palazzi (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), 50.

proliferación de demandas intentando sacar provecho de esta regulación, invocando cualquier información nociva que surja de un sitio de un tercero o, inclusive, comentarios injuriantes o calumniosos en redes sociales a las que se accede por el motor de búsqueda. Hasta podríamos llegar al absurdo de consumidores que creen páginas *web* anónimas de auto-difamación para que, una vez indexadas, el buscador deba responder⁵.

El segundo motivo es de carácter jurídico. Es que, suponiendo que la tarea de control descripta fuera asequible *ex ante*, se estaría exigiendo a los intermediarios que hagan un juicio de valor de los contenidos de todos sitios que indexan, desechando aquellos que consideren agraviantes y/o ilícitos. Los buscadores se erigirían, de este modo, en una suerte de autoridad competente que reemplaza al órgano jurisdiccional con facultades para discernir sobre la nocividad de la información⁶. A través de este control, se fomentaría una censura previa encubierta, prohibida por nuestra Constitución Nacional.

Asimismo, más allá de que esta actividad resulta insensata desde un punto de vista teórico y abstracto, en la práctica, no se puede saber de antemano si un contenido es siquiera efectivamente dañoso para un potencial reclamante. En verdad, lo que para ciertas personas, o incluso la mayoría de la población, resulta intolerable (como la vinculación de sus datos con páginas de contenido erótico, o la difusión de fotos íntimas) puede para otras ser aceptable y hasta deseable y consentido (para quien trabaje como modelo en revistas de esa clase o quien defienda al nudismo como estilo de vida y asuma una actitud militante al respecto). El margen de error es tan extenso que podría confundirse una foto familiar con pornografía infantil, un sitio de prevención contra el sida con obscenidad, etcétera⁷.

En definitiva, la aplicación de un factor objetivo de atribución generaría incentivos perniciosos para los intermediarios, a quienes se les estaría exigiendo una conducta de prevención imposible de llevar adelante tanto desde una perspectiva práctica como jurídica con una peligrosa probabilidad de censura. En este escenario complejo, a los buscadores no les quedaría otra alternativa que internalizar los costos millonarios de las posibles indemnizaciones que deban afrontar a futuro por contenidos perjudiciales proveídos por terceros. Esto podría generar efectos nefastos, tales como el traslado de esos importes al usuario o bien la limitación o desaparición de una herramienta sumamente útil para el conjunto social.

II.2. El factor de atribución subjetivo y sus variantes. El obiter dictum del fallo de la Corte

Los argumentos esgrimidos y los múltiples intereses en juego conllevan a armonizar los lineamientos generales de la responsabilidad civil con las garantías constitucionales involucradas. Este cambio de paradigma que exige pensar los conflictos de acuerdo a los principios constitucionales implicados, ha llevado a la Corte Federal, ponderando el derecho a la libertad de expresión y otros derechos personalísimos, a crear diversos *standards* sobre la responsabilidad civil de la prensa; entre ellos, la doctrina “Campillay”, la referida a la “real malicia”, y uno particular para las opiniones (no necesariamente aplicables a los intermediarios).

⁵ Fernand Tomeo, “Criterios de responsabilidad para los buscadores de Internet”, *La Ley E* (2012): 66 (2012-E-66).

⁶ Eduardo Molina Quiroga, “Novedosa sentencia sobre responsabilidad de los buscadores de internet y derecho a la imagen”, *Jurisprudencia Argentina* (2013-III).

⁷ Seth F. Kreimer, “Censorship by Proxy: the first amendment, Internet intermediaries, and the problem of the weakest link”, *University of Pennsylvania Law Review* 155, 11 (2010): 6.

En el caso “Rodríguez”, la Corte Suprema precisó que la interpretación de las normas de derecho común debe ser la que mejor armonice con los derechos fundamentales involucrados. La aplicación de un factor de atribución objetivo, además de generar incentivos inadecuados, implicaría prescindir por completo de la dimensión constitucional que adquiere esta cuestión y desconocer los razonamientos de nuestro más alto tribunal en problemáticas similares.

En virtud de lo precisado, coincido con la mayoría de la doctrina argentina, la marcada tendencia de derecho y jurisprudencia extranjera, y la Corte Federal, en que resulta acertado establecer un factor de atribución subjetivo a los buscadores de Internet.

En resumidas cuentas, los buscadores serán responsables cuando, pese a conocer la existencia de contenidos nocivos en su lista de resultados, omitan bloquearlos. Por supuesto que la decisión será diferente si los buscadores asumieron un rol activo, subiendo en su página *web* algún contenido propio y/o modificando o editando los de terceros, ya que en esos supuestos su calidad de intermediario se desvanece.

En lo que respecta al conocimiento efectivo de la ilicitud de contenido, existe una ardua disputa en cuanto a si basta con una notificación del afectado para que se configure o si es necesaria una orden judicial. La primera vertiente considera que el bloqueo con prontitud, ante la comunicación extrajudicial del usuario que indica la existencia de información perjudicial, es la conducta esperable de un empresario diligente con capacidad técnica para evitar que se propague el ilícito, en tanto debe obrar de modo leal, de buena fe y como un buen hombre de negocios.

Esta postura, según se arguye, es más práctica ya que evita costos innecesarios tanto a las partes como al aparato jurisdiccional, y garantiza una protección inmediata de los derechos personalísimos de los damnificados⁸. En esta línea de razonamiento, la Sala J de la Cámara Civil explicó que la implementación de este procedimiento alternativo resulta acorde con el concepto actual de "acceso a la justicia", que intenta prescindir de la judicialización del conflicto para procurar resolverlo con sencillez, celeridad y a menor costo⁹. Por su parte, la Sala H del mismo tribunal ha indicado que el incumplimiento de una orden judicial pareciera ser una exigencia engañosa ya que resulta obvio que quien no la acata asume una responsabilidad, no siendo necesario que una ley especial lo establezca¹⁰.

De otro lado, la segunda vertiente postula que el conocimiento efectivo del contenido dañoso se configura cuando se notifica a los buscadores una orden judicial que dispone eliminar su acceso. Desde ya adelante que, por motivos similares a los oportunamente brindados para descartar la instauración de un factor de atribución objetivo, me enrolaré –en principio– en esta teoría.

Vale la pena reiterar que es el Poder Judicial y no el buscador de Internet quien debe dirimir si una expresión, idea, información y/o imagen es injuriantes, difamatoria o ilícita. En efecto, no corresponde convertir al intermediario en una autoridad facultada para hacer un juicio de valor sobre la calidad de cada contenido; son los jueces quienes tienen la competencia y las herramientas técnicas para realizar dicha tarea.

La Corte Federal se expidió sobre esta cuestión a modo de *obiter dictum*. Destacó que convenía distinguir entre los casos en que el daño es manifiesto y grosero, en cuyo caso bastaba con una comunicación fehaciente del damnificado, y los supuestos en los

⁸ Fernando Tomeo, “Una nueva victoria para buscadores de Internet”, *LL*, Sup. Act. 2011, 1.

⁹ Ello es así, aún cuando el pronunciamiento haya postulado un factor objetivo de atribución.

¹⁰ CNCiv, sala H, “B., E. C. c. Google Inc. y otros s/ daños y perjuicios”, del 05/12/2012, RCyS 2013-V, 155, JA 2013-II, 350.

que el perjuicio es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento, que corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente.

En este grupo, nuestro máximo tribunal englobó a la pornografía infantil, la provisión de datos que faciliten o instruyan la comisión de delitos, “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 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”¹¹.

Si bien el pronunciamiento de la Corte Federal configura un gran avance en la materia, estimo que hay argumentos suficientes como para considerar que la manda judicial debe ser la regla por excelencia y que las excepciones deben tener un campo de aplicación más acotado y restringido.

Al respecto, a fin de profundizar en esta idea, me parece crucial pensar por un instante en las consecuencias negativas que podría conllevar la adopción de un régimen de responsabilidad basado en una regla abierta de comunicaciones extrajudiciales. En primer lugar, habría un sin fin de notificaciones a los intermediarios por pretendidos contenidos ilícitos. No es ilógico imaginar que llegarán menos casos infundados a tribunales que comunicaciones extrajudiciales injustificadas. Pero aún superado el escollo de la catarata de avisos, surgirán preguntas difíciles de develar: si los contenidos son injuriantes o calumniosos, si las ideas o informaciones expresadas son veraces o falaces, si constituyen meras opiniones, si afectan a la intimidad –lo cual variará dependiendo de la persona involucrada–, si se configura un supuesto de manifiesta ilegalidad por la flexibilidad en la interpretación de algunas excepciones; entre tantas otras.

El control subjetivo podría conllevar a una censura encubierta, susceptible de afectar el derecho a la libertad de expresión de quienes proveen los contenidos y el derecho al acceso a la información de la comunidad. En este marco se podrían conculcar, entonces, más derechos de los que se pretende tutelar.

En este escenario de incertidumbre, ante el temor de un proceso judicial que lo responsabilice por facilitar el acceso a un contenido agravante, el intermediario estará incentivado a eliminar sin más cuanto resultado de búsqueda el solicitante requiera. De este modo evitaría, además de una posible indemnización, los costos derivados de examinar y valorar cada pedido. En otras palabras, el beneficio esperado por el consumo de un sitio *web* particular seguramente sea menor al costo de asesoramiento para determinar la procedencia del bloqueo sumado a la probable condena. Por lo tanto, el incentivo dominante para el buscador será resguardarse de sanciones (abandonando cualquier esfuerzo para evitar errores) más que proteger al proveedor de contenidos de una posible censura.

El hecho de que los motores de búsqueda constituyan una herramienta sumamente valiosa, que merezca una adecuada tutela porque potencia la dimensión social de la libertad de expresión y el acceso a la información, no significa que sus dueños posean un compromiso serio con la expresión que facilitan. En tanto empresa con fines de lucro, que depende de publicidades y afiliados corporativos, el buscador en principio adoptará la decisión menos costosa y no la que preserve más la libertad de expresión. En

¹¹ Considerando 17 del caso “Rodríguez”.

cambio, la judicatura al momento de resolver una orden de eliminación hará el respectivo balance de todos los derechos en juego.

En un mercado concentrado de intermediarios, que pueden resultar vulnerables a distintas presiones, a las que parecieran ser inmunes los proveedores primarios, grupos de consumidores poderosos podrían vetar el discurso de otros; empresas podrían bloquear contenidos de sus competidores; etcétera. Una censura privada sin coordinación ni supervisión y con poca visibilidad, en clara afectación a la garantía de la libertad de expresión, generaría que la comunidad ni siquiera se anoticie de que determinado mensaje no llegó a destino. Estas circunstancias, precisamente, exigen una mayor protección de la actividad de los buscadores y la necesidad de generar incentivos adecuados, dejando en manos de la jurisdicción el examen subjetivo de los sitios de terceros que aquellos indexan.

Por otra parte, podría suceder que quienes vieron bloqueados sus contenidos entiendan afectado su derecho a la libertad de expresión y decidan iniciar acciones legales contra el buscador. Si el juez interviniente considerase que la eliminación de la lista de resultados no era procedente podría eventualmente, quizás fundado en una causal de discriminación, disponer una condena de daños y perjuicios contra la empresa. Así las cosas, el intermediario quedaría entre la espada y la pared. Ante una solicitud extrajudicial de bloqueo tendría dos amenazas bien fundadas de procesos judiciales: del particular que aprecia menoscabado su derecho al honor o la intimidad y del proveedor del contenido que estima afectada su garantía a la libertad de expresión.

Por lo tanto, estimo que debe establecerse como regla general, tal como lo hicieran países como España, Chile y Brasil, la necesidad de una orden judicial de bloqueo. Ahora bien, lo hasta aquí concluido no significa que a la hora de legislar deba descartarse por completo un sistema de “notice and takedown” como el que prevé la legislación norteamericana en temas de propiedad intelectual. La normativa podría indicar como regla general la necesidad de una orden judicial y luego especificar excepciones concretas en las que rija un procedimiento de notificaciones y posterior bloqueo (como disponen los artículos 19 y 21 del Marco Civil da Internet de Brasil).

En este marco, la propuesta de la Corte Federal –que de modo pretoriano aplica un sistema de notificaciones extrajudiciales para casos concretos- sólo resultará atractiva en la medida que se concluya que la lista de supuestos de daño grosero y manifiesto resulta taxativa.

A su vez, corresponde brindar especificaciones dentro de cada una de las excepciones que permitan al buscador establecer con certeza los supuestos de manifiesta ilegalidad. Por ejemplo, la expresión “lesiones contumeliosas al honor” a la que se refiere nuestro máximo tribunal resulta vaga e imprecisa y carece de virtualidad suficiente para erigirse como una excepción concreta. En caso de interpretaciones diversas es el órgano jurisdiccional el que debe determinar la verosimilitud o efectividad del derecho.

En resumidas cuentas, si bien la idea de recurrir a la justicia para lograr la remoción de resultados del índice de búsqueda puede aparecer –en principio– como poco práctica, engorrosa y costosa, dada la calidad de intermediario del buscador y el contexto de omisión legislativa, es la solución que mejor conjuga los intereses involucrados¹², brinda una respuesta apropiada a la tensión de derechos fundamentales y genera incentivos adecuados,

¹² Lisandro Frene, “Responsabilidad de los “buscadores” de Internet”, *La Ley* F (2009): 1219 (2009-F-1219).

A fin de brindar reglas de juego claras a los operadores del sistema, las excepciones a la orden judicial deben ser precisas y taxativas. En este sentido, deben evitarse construcciones abiertas pasibles de múltiples interpretaciones para permitir que los intermediarios puedan anticipar con certeza su campo de aplicación.

III. Conclusiones

Los motores de búsqueda son una herramienta vital ya que permiten a los usuarios localizar contenidos relevantes dentro de un flujo incesante de conocimientos. La búsqueda, recepción y difusión masiva de información a través de Internet se encuentra comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. Por supuesto que tal garantía no es absoluta y debe conciliarse con los restantes derechos fundamentales. Si se acreditara una afectación al honor o la intimidad, quienes subieron la información a la red, previo análisis de juez competente, serán responsables de los perjuicios ocasionados.

Sin embargo, la cuestión no será tan sencilla en lo que respecta a los buscadores de Internet. La aplicación de un factor objetivo de atribución generaría incentivos inadecuados, ya que se les exigiría a los intermediarios (que en principio no crean ni modifican la información que publican los sitios de terceros) una conducta de prevención, referida al control de calidad de contenidos que indexan, imposible de llevar adelante tanto desde una perspectiva práctica como jurídica. Podría generarse una peligrosa censura previa que afecte derechos personales de los proveedores, de la comunidad e, inclusive, del potencial reclamante. A su vez, la consiguiente internalización de costos por futuras condenas podría trasladarse al usuario o bien limitar o hacer desaparecer una actividad de valor inconmensurable.

Por lo tanto, considero, en coincidencia con la marcada tendencia en el derecho foráneo y la decisión de nuestro máximo tribunal, que debe establecerse un factor de atribución subjetivo, que se configurará cuando los intermediarios, pese a tener un conocimiento efectivo de la nocividad de un contenido, decidan no bloquearlo de su lista de resultados. Esta es la doctrina que armoniza la responsabilidad civil con las garantías constitucionales involucradas, que tiene en cuenta los razonamientos de nuestro más alto tribunal en problemáticas similares y mejor conjuga todos los derechos involucrados.

En cuanto a la disputa referida al momento en que se conforma el conocimiento efectivo; esto es, si basta con una notificación del afectado o si es necesaria una orden judicial que debe especificar puntualmente los sitios a ser eliminados del listado de resultados, por las razones brindadas, me inclinaré por la segunda. No parece razonable trasladar al buscador la determinación de la verosimilitud y/o efectividad de un derecho; tarea que debe quedar bajo la órbita de los magistrados.

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

Por el contrario, la judicatura al momento de resolver una orden de eliminación de resultados hará el respectivo balance de todos los intereses implicados. Ahora bien, esto no significa que a la hora de legislar puedan preverse excepciones concretas y justificadas a esta regla general de manda judicial, implementando un sistema de comunicaciones extrajudiciales que no afecte los derechos que se pretende tutelar. En este sentido, resulta interesante la propuesta de la Corte Federal en una decisión *obiter dictum* de establecer en qué supuestos puede considerarse que el daño es manifiesto y grosero, en cuyo caso basta con una comunicación fehaciente del damnificado.

A fin de lograr un esquema de incentivos adecuado, un equilibrio razonable entre los derechos de las partes involucradas y de la sociedad en su conjunto y brindar a los operadores del sistema reglas de juego claras, tal lista debe ser taxativa y permitir anticipar con certeza en qué casos se presenta una ilicitud manifiesta.