

## CONSISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LOS MOTORES DE BÚSQUEDA EN INTERNET

**Autor:** Martín A. Frúgoli<sup>1</sup>

### **Resumen:**

- *El factor de atribución para los motores de búsqueda debe ser subjetivo.*
- *Esta diligencia que requiere el factor subjetivo es consistente con la función preventiva especial.*
- *Si se fija un factor subjetivo de atribución, no puede luego mandarse a reparar un daño que empleando la debida diligencia no se pudo evitar. Prevalece de esta manera la función preventiva sobre la reparatoria (aun cuando el buscador interconectó automáticamente la imagen o “thumbnail” sin consentimiento del titular de esta imagen o “thumbnail”).*
- *No se requiere la intervención de autoridad administrativa o judicial para el “conocimiento efectivo” del buscador, cuando se trata de una imagen carente de interés público, o de un delito grave ostensiblemente verificable.*

### **1.- La cuestión fáctica esencial. Distinción en la forma de interactuar de los motores de búsqueda**

Es necesario realizar una distinción<sup>2</sup> en el obrar de los motores de búsqueda (también llamados “search engines”<sup>3</sup>, “intermediaries”, “prestadores de servicios de alojamiento

---

<sup>1</sup> Prof. Derecho Civil II–Obligaciones- (U.N.R.). Especialista en Derechos de Daños (U.C.A.). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (U.N.R.). Mediador (U.N.R.).

<sup>2</sup> Arg.; “Trkulja v Google Inc LLC & Anor”, (No 5) [2012] VSC 533 (12 November 2012), Last Updated: 19 November 2012, Supreme Court of Victoria, (<http://www.austlii.edu.au/au/cases/vic/VSC/2012/533.html>). Hay autores que realizan una distinción más extensa y pormenorizada de los intermediarios (BURGOS, Osvaldo R., El factor de atribución en los daños de Internet: ¿riesgo de empresa o principio de conocimiento efectivo?, 4-feb-2012, Cita: MJ-DOC-6136-AR | MJD6136). Pero a los fines de este trabajo nos parece necesario recurrir a la clasificación más simple y acotada que realizamos, ya que nos interesa detectar cuándo el motor de búsqueda actúa en forma *activa* y cuándo lo hace en forma *pasiva*. Ya que a partir de ahí será más sencillo descifrar su responsabilidad.

<sup>3</sup> En rigor, “search engine” es una especie diferente al “internet intermediary”, pero en este trabajo los agrupamos asumiendo la responsabilidad de cierta arbitrariedad, para los fines que queremos ilustrar.

o almacenamiento de datos”<sup>4</sup>, “prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda”<sup>5</sup>, o simplemente “intermediarios de internet”). Esta distinción está basada en que su intervención puede ser *pasiva* o *activa*, según el modo en que se interrelacionan en el ciberespacio con el derecho a la imagen u otros derechos (como ser los demás derechos personalísimos).

En efecto, los intermediarios actúan *pasivamente* cuando sólo se limitan a generar el resultado automático derivado a las páginas webs, cuyos contenidos son proporcionados o administrados por terceros<sup>6</sup> (como ser el dueño o administrador de la página web respectiva). En este mecanismo, la intervención es puramente automática y ajena a la participación humana en el resultado alcanzado<sup>7</sup>. Cuando así se manifiestan, los buscadores “pertenecen al género motores de búsqueda, que son sistemas informáticos que indexan archivos almacenados en servidores web. Son bases de datos que incorporan automáticamente páginas web mediante "robots" de búsqueda en la red. Cuando se pide información sobre algún tema, el buscador realiza la búsqueda por medio de palabras clave o con árboles jerárquicos por temas. El resultado de la búsqueda es un listado de direcciones Web en los que se mencionan temas relacionados con las palabras claves buscadas”<sup>8</sup>.

En esta intervención puramente intermediaria, debe ponerse énfasis en la necesidad de permitir al buscador la mayor libertad posible<sup>9</sup>, e impedir todo tipo de filtros o monitoreos, en aras del derecho constitucional a la libertad de información, expresión y educación. De lo contrario, se correría serio riesgo de violar el propio Estado Democrático y Constitucional de Derecho, facilitando la censura previa, como actualmente ocurre con China y Corea del Norte, con sus permanentes controles, monitoreos y manipulación de contenidos<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 16 Ley Española 34/2002.

<sup>5</sup> Art. 17 Ley Española 34/2002.

<sup>6</sup> C.S.J.N., “Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios”, 30 de Diciembre de 2014, Id Infojus: NV10123.

<sup>7</sup> Royal Court of Justice, Strand, “Metropolitan International Schools Ltd. V. Google Inc. Court of Appeal-Queen’s Bench Division”, London, WC2A 2LL 16-07-2009. Indica esta sentencia, que este proceso generalmente refiere al llamado “crawling” o “web crawl” (traducimos como “rastreo en la web”).

<sup>8</sup> MOLINA QUIROGA, Eduardo, La responsabilidad de los buscadores según la Corte Suprema de Justicia, Laleyonline: AP/DOC/1527/2014.

<sup>9</sup> En este sentido la Ley Española 34/2002 establece expresamente el “Principio de libre prestación de servicios”, y los artículos 16 y 17 refuerzan la idea central, con excepciones en supuestos de notificación efectiva.

<sup>10</sup> Acerca de China: LING, Yutian, “Upholding Free Speech and Privacy Online: A Legal-Based and Market-Based Approach for Internet Companies in China”, Santa Clara High Technology Law Journal, 2010, V. 27, Issue 1, Article 5, ps. 184 a 187; Y sobre Corea del Norte: <http://www.telegraph.co.uk/technology/11309882/Internet-in-North-Korea-everything-you-need-to-know.html>

En cambio, el buscador actúa en forma *activa*, cuando el propio motor de búsqueda es quien publicita<sup>11</sup>, administra o proporciona activamente el contenido del derecho que se reclama infringido. Es decir, ya no se trata de una intervención puramente automática, sino de una intervención creada, proporcionada o administrada activamente por el motor de búsqueda. De modo que éste, en rigor de verdad, termina actuando ya no como mero intermediario sin poder de control alguno, sino con un *plus* a esa intermediación, promoviendo, aprovechándose, editándola o produciéndola de manera deliberada (y no ya automáticamente). Actúan entonces con un plus de *activa* intervención<sup>12</sup> en ese derecho ajeno que puede ser la imagen u otro derecho potencialmente afectado (tenga o no fines lucrativos el intermediario).

Esta diferenciación permitirá desplegar la actividad probatoria de quien alegue una u otra manera de intervenir de los motores de búsqueda, a la vez que facilitará demostrar también la posición y diligencia por parte del motor de búsqueda.

## **2.- Factor de atribución para los buscadores de internet**

Aclarada la cuestión fáctica y establecida la sintética diferenciación en el modo en que pueden actuar estos buscadores o intermediarios, es preciso expresarse sobre el factor de atribución que corresponde endilgarles.

Al respecto, básicamente existen tres posturas, aquellas que consagran su total irresponsabilidad, otras que endilgan responsabilidad objetiva. Y, finalmente quienes entienden que la responsabilidad que debe aplicarse para estos intermediarios, es subjetiva.

Por nuestra parte, descartamos totalmente la primer posibilidad (irresponsabilidad), por el poderoso poder que tienen los motores de búsqueda en los tiempos actuales, y el provecho que sacan de ello<sup>13</sup>. Pensamos que si bien podrá ser opinable la subsunción o

---

<sup>11</sup> Esto requiere cierta atención, dado que aun en estos casos de intervención activa, a veces logran evitar estos buscadores ser considerados como “publicadores”, eludiendo así su responsabilidad (42 U.S.C. § 230(c)(1)–(2), cit. por TUSHNET, Rebecca, “Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment”, *The George Washington Law Review*, 2008, Vol. 76, p. 117 nota 71).

<sup>12</sup> Esto pareciera no ser del todo asimilado por los votos de la C.S.J.N. en las causas “Rodríguez, María Belén” y “Da Cunha, Virginia”, ya que la mayoría dice 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— terminarían cerrándose muchas bibliotecas, con gran perjuicio de los lectores. Cita para ello 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, pero omite en el extracto la parte que ese mismo fallo extranjero expresa cuando dice que si el bibliotecario o compilador ha hecho un esfuerzo para ser más informativo, mediante breves citas (“snippets”) del libro, la posición podría ser diferente (en nuestra opinión ahí entraría a actuar como intermediario activo y no ya pasivo, siendo entonces el análisis de la diligencia de un grado mucho mayor si conoció o pudo conocer el daño evitable). De allí la importancia, traduciendo, de verificar la intervención *activa* o *pasiva* del buscador de internet.

<sup>13</sup> En el caso de Google Inc. por ejemplo, tuvo ganancias durante el primer cuatrimestre del año 2009, de £952m. (Royal Court of Justice, Strand, “Metropolitan International Schools Ltd. V. Google Inc. Court of

no de estos buscadores, en algún factor objetivo de atribución, como ser los indicados en los arts. 1757 o 1763 CCC por ejemplo, **resulta prudente confirmar como regla, que el factor de atribución aplicable a los buscadores de internet, en tanto actúen en forma pasiva, sea subjetivo**<sup>14</sup>. Esto básicamente por las siguientes razones;

1º) Para permitir un laxo ejercicio del derecho constitucional a la libertad de información y expresión<sup>15</sup>.

2º) Para respetar la disposición del art. 1721 CCC que indica expresamente que en ausencia de normativa el factor de atribución es la culpa.

3º) Porque, contrariamente, un factor objetivo de atribución implicaría una injustificada facilitación en la carga de la prueba a favor de la víctima, abriendo el abanico hacia una multiplicidad de juicios infundados o con pruebas insuficientes. En cambio, con un factor de atribución subjetivo, como contrapartida, el victimario se podrá esforzar en acreditar un actuar diligente conforme a la previsión (o prevención) del daño (arts. 1734 y 1735 CCC). Y, por su parte, la víctima intentará demostrar que el intermediario pudo actuar con diligencia necesaria para prevenir el daño previsible, protegiendo de esta manera el derecho constitucional también en juego (intimidación, honor, etc.).

4º) Por resultar congruente con la tendencia dominante en el Derecho Comparado.

Finalmente, creemos que para que funcione este sistema basado en la idea de culpa, será necesario crear incentivos y obligaciones<sup>16</sup> claras para los intermediarios de internet, y que estos incentivos y obligaciones sean consistentes con las funciones que el Derecho de Daños quiera efectivizar<sup>17</sup>.

### **3.- La consistencia de la Responsabilidad Civil en la decisión tomada. Prevención y Factor de Atribución Subjetivo vs. Reparación y Factor de Atribución Objetivo**

Si bien lo ideal sería que la función preventiva del daño coincida con la función reparatoria de este, cosa que a veces puede ocurrir. Otras veces, en cambio, acontecerá que el sistema jurídico tendrá que dar necesariamente prioridad a una función<sup>18</sup> sobre la

---

Appeal-Queen's Bench Division", London, WC2A 2LL 16-07-2009), y las mismas se muestran en alza al momento de escribir estas líneas: <https://www.google.com/finance?fstype=bi&cid=694653>.

<sup>14</sup> Conf. C.S.J.N., "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios", 28 de octubre de 2014, Id Infojus: FA14000161.

<sup>15</sup> El art. 1 de la ley 26.032 comprende dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, a la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de internet.

<sup>16</sup> "Creating incentives and obligations for intermediaries is a quintessentially..." (TUSHNET, Rebecca, "Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment", The George Washington Law Review, 2008, Vol. 76, p. 102).

<sup>17</sup> "Si se persiguen ciertas finalidades y no se emplean instrumentos consistentes con las mismas, el resultado será previsiblemente insatisfactorio" (ACCIARRI, Hugo A., "Funciones del derecho de daños y de prevención", LA LEY 04/02/2013).

<sup>18</sup> Utilizamos el término función en el sentido de "función finalidad" de una norma, que para lograr dicha función requerirá determinada relación con la "función relación" (seguimos en esto a ACCIARRI, Hugo, ob. cit). El citado autor explica (nos arriesgamos a sintetizar en forma muy escueta) que la "Función-

otra. Esto es, a la función reparatoria sobre la preventiva, o a la inversa. Es que; "...muchas veces no hay más posibilidad que elegir instrumentos que debiliten una (por ejemplo, la función-relación preventiva) a expensas de otra (por ejemplo la función-relación resarcitoria, o viceversa). La ilusión de que esos compromisos no existen y la fe infundada en que siempre existen posibilidades de lograr que todo lo deseable, sea enteramente compatible, suele esfumarse cuando ingresamos al estudio de las funciones-relaciones de modo detallado y separado de las funciones-finalidad. Cuando esto es así, se hace explícita la necesidad de elegir entre posibilidades imperfectas". "Si se persiguen ciertas finalidades y no se emplean instrumentos consistentes con las mismas, el resultado será previsiblemente insatisfactorio. En este último caso, la posibilidad de alcanzar las metas contenidas en las funciones-finalidad, depende de que los medios empleados guarden una función-relación positiva, con esas metas. Las funciones-relación, en otras palabras, son instrumentales a la eficacia de las funciones-finalidad"<sup>19</sup>.

Algo parecido ha sido inadvertido en el tema que nos convoca, y resulta detectable por ejemplo en el voto en disidencia de dos causas resonantes de nuestra Corte Federal: "Rodríguez, María Belén", y "Da Cunha Virginia" cuya disidencia remite a la causa mencionada en primer término. Veamos;

El voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti y Maqueda, por un lado expresa que el factor de atribución es la culpa, pero por otro lado manda a resarcir independientemente de culpa alguna, cuando entienden que el "thumbnail" es una imagen en los términos de la ley 11723. Evidentemente si se le aplica un factor subjetivo de atribución, congruente con la posibilidad de evitar un daño previsible, no puede luego mandarse a indemnizar el daño que no se pudo evitar por la "automática" intermediación conectada a ese "thumbnail". Es decir, no resulta consistente el resarcimiento con la responsabilidad subjetiva a la que se adhirió previamente. Se hizo prevalecer entonces, con este voto en disidencia, la función reparatoria con un factor de atribución encubiertamente objetivo (demostrado en los hechos, pero contrariado en las palabras al expresar su adhesión al factor subjetivo).

Ergo, la responsabilidad subjetiva va de la mano con la diligencia exigida para prevenir la violación al derecho a la imagen o demás derechos personalísimos. De modo que si no depende del intermediario (o motor de búsqueda) la posibilidad de evitar el daño, mal puede luego ordenarse su resarcimiento.

Ahora bien, si en cambio se manda a resarcir un daño al buscador (llámase google, yahoo o el que fuere) que actuó en forma pasiva (ver arriba la distinción que marcamos), dicho resarcimiento será consistente con un factor de atribución objetivo que operará independientemente de la diligencia tomada para evitar o no dicho daño.

Pensamos entonces que si el factor subjetivo resulta conveniente como regla, cuando se lo notifica al motor de búsqueda sobre la causación de un daño, ahora sí este motor de

---

relación" sería básicamente la relación existente entre una norma y sus consecuencias sociales (efectos empíricos de la norma), y la "función finalidad" se trataría de los deseos, propósitos o finalidades; de la norma en sí, de quien la interpreta, o del legislador que la creó. Ambas funciones encuentran interrelaciones. En efecto: «La posibilidad de alcanzar las metas contenidas en las funciones-finalidad, depende de que los medios empleados guarden una función-relación positiva, con esas metas. Las funciones-relación, en otras palabras, son instrumentales a la eficacia de las funciones-finalidad.

<sup>19</sup> ACCIARRI, ob. cit.

búsqueda deberá emplear la diligencia debida a fin de evitar causar un daño injustificado (al igual que la víctima al contribuir con su conducta a la prevención de su propio daño). Valga la reiteración, el factor subjetivo de atribución será consistente con la prevención del daño en forma especial (y como conexión causal mediata, también de una prevención general. Ya que sabrán los buscadores a qué atenerse cuando sean informados de estas sentencias consistentes y claras).

Si lo que se busca es prevenir la lesión al derecho –individual y colectivo- a la libertad de expresión, por la enorme importancia que esto acarrea a nivel jurídico y social, no resulta consistente limitarlo innecesariamente al obligarlo a resarcir un daño que no puede evitar. Así, el factor de atribución a la hora de endilgarle responsabilidad a un buscador, debe ser subjetivo para permitir con mayor amplitud el derecho a la libertad de expresión e información. Pero ello entonces implicará que, aun cuando la imagen de una persona se encuentre en el buscador ligada a una página o link no deseado por esta última, el damnificado no pueda obtener un resarcimiento de daños por el sólo hecho de que el buscador interconectó su “thumbnail” sin su consentimiento previo.

Ya que, por un lado ello implicaría endilgar responsabilidad objetiva al buscador si se afirma que el mismo no puede evitar dicha ligazón en forma genérica. Salvo que se privilegie la función-reparación por sobre la función-prevención de menoscabar el derecho a la libertad de expresión. En cuyo caso no podríamos afirmar que el factor de atribución es subjetivo, sino todo lo contrario.

Es entonces que también ante la disposición de los artículos 52, 53 y 1770 CCC, deberá tomarse una decisión consistente con los fines que se quieren alcanzar. Por ello y ante la postura tomada, entendemos que el factor de atribución subjetivo es consistente con la función preventiva, y en determinadas situaciones tendrá que prevalecer esta función sobre la reparatoria. Ello a fin de no caer en la contradicción de expresar por un lado que el factor de atribución es subjetivo, y por otro lado que corresponde reparar aun cuando no existió culpa o dolo (lo que equivaldría a decir que el factor es objetivo), como ocurrió en el voto en disidencia de las mencionadas causas.

Por su parte, encontramos también cierta inconsistencia en el voto mayoritario de las mencionadas causas de la C.S.J.N. Ya que por un lado coincide en el factor de atribución subjetivo y en la necesidad de exigir diligencia a los buscadores cuando tomaron conocimiento efectivo, y por otro lado rechaza íntegramente la tutela preventiva. Tutela que bien pudo aceptar si se pormenorizaba la diligencia de prevención especial, con la colaboración coetánea de la víctima al indicarle las páginas webs de contenidos violatorios de sus derechos. Esto sí es explicado en el voto minoritario que precisa la diligencia especial ante la prevención especial que allí cabía.

El voto mayoritario en cambio lo que hace es rechazar de lleno una tutela preventiva con la confusión que la misma era genérica y para evitar todas las vinculaciones para futuro (ya vimos arriba que esto no resulta factible en forma perenne para los buscadores, sino todo lo contrario por la automaticidad de la búsqueda).

En definitiva, es consistente el factor de atribución subjetivo con la tutela preventiva especial (y como consecuencia de la especial, su influencia en la prevención general, pero no a la inversa jurídicamente aplicada, ya que no es posible evitar lo inevitable empleando la debida diligencia).

#### **4.- Conocimiento efectivo**

Creemos que no tiene sentido exigir una notificación fehaciente por medio de autoridad administrativa o judicial, cuando se trata de una imagen carente de interés público (como los casos citados “Rodríguez” y “Da Cunha”). Pareciera sencillo que si una persona exige que se elimine su imagen de sitios eróticos o pornográficos, no tendría por qué recurrir a una notificación por autoridad administrativa o judicial, a menos que exista un interés público, cultural o educacional respecto de dicha imagen (arts. 53 CCC).

Del mismo modo si se trata de un delito grave ostensiblemente verificable<sup>20</sup> (pornografía infantil, apología del genocidio, etc.).

---

<sup>20</sup> Arg. Art. 16 del Decreto de Portugal N° 2/200, cit. por la C.S.J.N. en la mencionada causa “Rodríguez”.