

El conocimiento efectivo en la responsabilidad subjetiva de los buscadores de Internet. La necesidad de una orden judicial.

Federico S. Carestia*

Abstract

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.

La Corte Federal ha fallado recientemente en el caso “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios” que la responsabilidad de los buscadores de Internet es subjetiva y se configura cuando éstos, pese a conocer la existencia de contenidos que lesionan derechos personalísimos de un sujeto, omiten bloquearlos de su lista de resultados.

En lo que respecta al conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido, la Corte Suprema, en una decisión salomónica a modo de *obiter dictum*, destacó que convenía distinguir entre los supuestos en que el daño es manifiesto y grosero, en cuyo caso bastaba con una comunicación fehaciente del damnificado, y los supuestos en los que el perjuicio es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento, que corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente.

En el primer 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

* Profesor Titular de Obligaciones (UDESA). Profesor de Posgrado de Derecho de Daños (UCA). Ayudante de Segunda de Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA). Jefe de Despacho (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil). Master of Laws (Columbia University). Magister en Derecho y Economía (UTDT), Abogado (UBA).
Dirección postal: Charcas 3918, 8 “B”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CP 1425).
federico.carestia@gmail.com; (011) 155-057-0659.

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

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” (Considerando 17).

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.

A fin de profundizar 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 daño grosero –como el que plantea la Corte-; entre tantas otras.

En principio, no puede quedar librada a la opinión de los buscadores la consideración de qué resulta manifiesta u ostensiblemente ilegal. De lo contrario, se convertiría al intermediario en una suerte de autoridad facultada para discernir sobre la nocividad de la información.

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.

Por otra parte, considero que el intermediario, en este escenario de incertidumbre de comunicaciones extrajudiciales y ante el temor de un litigio que lo responsabilice por facilitar el acceso a un contenido agravante, 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.

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

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. Como empresa con fines de lucro, el buscador en principio adoptará la decisión menos costosa y no la que preserve más la libertad de expresión. En 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 posible 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 dejar en manos de la jurisdicción el examen subjetivo de los sitios de terceros que los buscadores indexan.

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 involucrados, brinda una

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

respuesta apropiada a la tensión de derechos fundamentales y genera incentivos adecuados.

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.

