

Derecho Comparado. Daños derivados de la actividad en internet.

Martín A. Frúgoli*

Abstract

Es consistente un régimen de responsabilidad subjetiva con la tutela preventiva especial, o tutela inhibitoria que atienda a la posibilidad de evitar el daño por el buscador. Esto actuará a su vez como una prevención general hacia los buscadores intermediarios o “internet intermediaries” (tales como google, yahoo, etc.).

No es consistente con la responsabilidad subjetiva ordenar resarcir al buscador intermediario por el mero uso de un “thumbnail” que no es de interés general ni manifiestamente ilícito, antes de su conocimiento efectivo de que este generaba un daño.

Para este último, en consonancia con la función prevención y la responsabilidad subjetiva, las teorías del “cheapest cost avoider” y de las “cargas probatorias dinámicas” pueden ser elementos coadyuvantes a las primeras.

I. La función-finalidad preventiva (especial y general).

Al hablar de función nos circunscribimos a una función-finalidad¹ que creemos que han tenido las normas que protegen los derechos personalísimos y el derecho a la libertad de expresión. Distinguiendo prevención especial y general, sin que tal distinción pueda ser del todo tajante o autónoma. Ello, por ser la mejor manera de proteger estos derechos, al encontrarse amparados tanto a nivel nacional como comparado².

II. El punto de partida que alude a la factibilidad técnica.

* Profesor en Derecho Civil –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.).
Dirección postal: Cochabamba 1842, Piso 1 Oficina 1, Rosario, Santa Fe, CP2000.
estudiofrugoli@gmail.com, +540341156132762.

¹ ACCIARRI, Hugo A., “Funciones del derecho de daños y de prevención”, LA LEY 04/02/2013, 1.

² Basta con atender a los países signatarios de los tratados internacionales que le otorgan protección, v.gr. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Declaración Universal de Derechos Humanos, etc.

Partimos de las afirmaciones que dan por sentado que no existen³ a la fecha medios técnicos que hagan posible y conveniente que los buscadores en forma previa y genérica seleccionen o monitoreen contenidos que páginas web o links creen o difundan por sí⁴.

III. La función de prevención y función-resarcimiento. Influencia del factor de atribución. Consistencias e inconsistencias.

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 social⁵, 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. 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 genérica⁶. 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.

Dicho de otro modo, ¿cómo puede evitar en estos casos un buscador no ser condenado por un “thumbnail”, sino es cesando en su actividad o existiendo realmente un interés general comprobable para poder

³ Arg. considerando 17 del voto en disidencia parcial de los Dres. Lorenzetti y Maqueda en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSNJ) “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28 de octubre de 2014). Y tampoco existe una obligación general de monitorear los contenidos que se suben a la red.

⁴ Sin embargo no parece tan claro esto cuando se comienzan a especificar las cuestiones fácticas y técnicas de tal temática (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>). Pero nos limitaremos a tomar como base la primera afirmación, por ser la opinión ampliamente mayoritaria.

⁵ Indiscutido ello al menos en un país que aspire a ser democrático.

⁶ Es decir, como se indicó arriba, si se parte de la base en que ello no es técnicamente factible.

desligarse del pago de una indemnización por el uso no autorizado de un thumbnail⁷?

Por eso, si la finalidad es conservar el derecho a la libertad de expresión y fomentar la libre información de los usuarios, mal puede luego condenarse por el uso no autorizado de un “thumbnail” que no sea manifiestamente ilegítimo, y que a la vez dicha imagen no requiera ser publicada por razones de “interés general”⁸. Al menos no parece consistente el pago de una indemnización por el buscador y el derecho a la libertad de expresión que se quiere salvaguardar con una responsabilidad subjetiva.

Ahora bien, si en este mismo orden se pretende *prevenir* un daño a la imagen, honor o intimidad de terceros, pero luego de que el buscador adquiera conocimiento efectivo del daño a la imagen, honor o intimidad, no hace nada en forma puntual conforme a la especificidad alegada por el afectado al honor o imagen, entonces; ¿qué consistencia tendría no impedir mediante una *tutela inhibitoria (prevención especial)* al buscador la supresión de la imagen y sus puntuales interconexiones dañosas para el tercero? ¿Acaso no se habló de un *factor de atribución subjetivo*? ¿No es este factor *diligencia* compatible con la prevención de una causalidad prevista o previsible?

¿Acaso ello no generaría ir también contra una prevención general que luego el buscador ante un caso concreto y conociendo un antecedente de este tipo, haga caso omiso al pedido de cesación de un uso de imagen dañoso (del que no haya uso por interés general⁹)?

Ejemplificando, si una empresa que actúa como buscador, enlaza automáticamente un “thumbnail” a una página web no deseada por el afectado y titular de dicha imagen, y luego de entrar en conocimiento efectivo continúa, pese al pedido del afectado, conectando dicha imagen. Es claro que su incentivo no sería quitarla, dado que conoce que existe jurisprudencia que fallará de su lado al no imponerle ningún deber de quitarla (ninguna tutela específica que prevenga eso). De modo que, a falta de dicha tutela específica, se terminará impidiendo el incentivo general para todos los buscadores (prevención general), pues

⁷ Al menos en Argentina por el art. 31 de la ley 11723.

⁸ Cong. Legislación citada del art. 31 ley 11723 argentina y jurisprudencia de la Corte en el caso “Rodríguez”, que con base al art. 16 del Decreto de Portugal N° 2/200, distingue entre entre ilicitudes manifiestas respecto de contenidos dañosos, de aquellas que exigen un esclarecimiento para determinar o no la ilicitud del eventual daño.

⁹ En cuyo caso en Argentina estaría permitido por el art. 31 ley 11723.

los mismos sabrán de antemano que nadie los va a condenar por una tutela inhibitoria, pese a haber tenido posibilidad de evitar el daño.

Así los buscadores no actuarán para prevenir daños luego de notificados o puestos en conocimiento efectivo ante un daño aparentemente privado¹⁰.

En cambio, enterados de la condena para aplicar concretamente la *prevención especial* (por ejemplo mediante la aplicación de una tutela inhibitoria en el caso particular que fuera precisamente indicado acerca de cuáles eran las derivaciones o actos que producen el daño que se pudo evitar). Entonces también actuará sobre la *prevención general* y los buscadores tomarán las precauciones debidas luego de ser notificados.

Es decir, la *prevención general posterior* será consecuente con los incentivos de una *prevención especial anterior*.

IV. El conocimiento efectivo.

Este sólo requerirá ser sustanciado en vía administrativa o judicial cuando realmente exista un interés general o un hecho ilícito manifiesto. De lo contrario, bastará con una notificación fehaciente o un conocimiento que pueda ser diligentemente alcanzado por el buscador. Para lo cual sería aconsejable aplicar al último la mayoría de las veces¹¹, la teoría del “*cheaper cost avoider*”¹², o la *teoría de las cargas probatorias dinámicas*¹³. Si lo que se quiere es proteger estos derechos al honor e imagen y a la libertad de expresión.

¹⁰ False Statements about a private party not involving a matter of public concern (VETRI, LEVINE, FINLEY, VOGEL, en “Tort Law and Practice”, segunda edición, 2003, Lexis Nexis, p. 1118).

¹¹ Salvo que quien reclame sea Bill Gates por ejemplo (arg. ACCIARRI, Hugo A., quien alude a “La eficiencia subjetiva como límite a la adopción de medidas de prevención eficaces”, en “La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 216)

¹² Ver: PARDOLESSI, Roberto y TASSONE, Bruno, “Guido Calabresi on torts: italian courts and the cheapest cost avoider”, Roberto Pardolessi y Bruno Tassone, Erasmus Law Review, Volume 01 Issue 04. En la literatura jurídica continental, podríamos decir para amoldar el concepto a dicha fuente, que se trataría de quien se encuentra en mejores condiciones de evitar el daño, compatible ello con la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

¹³ Muchos son los trabajos que la tratan, nos limitamos a citar ahora: Abraham Luis VARGAS, “Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos”,

file:///C:/Users/estudiofrugoli/Downloads/cargasprobatoriasdinamicas.pdf

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

Podríamos decir para graficar la idea -prescindiendo de internet-, que la biblioteca y/o el bibliotecario tendrían que demostrar que el libro que introdujo no tenía una tapa ostensible de una grosera violación a los derechos humanos, como un gráfico de tal entidad que no tenga un título controvertible –en cuyo caso sí sería necesario dilucidar el asunto mediante una notificación o decisión administrativa o judicial al respecto¹⁴. A esto se asimilaría a quien interconecta –buscador- una imagen que es groseramente ilícita –por ej. prostitución de menores-. Cualquier otra imagen sí requerirá una simple notificación –y no una decisión administrativa o judicial que en todo caso estaría fomentando un desgaste jurisdiccional inútil, además de incentivar quizás otros fines subjetivos¹⁵.

En cambio, cuando realmente requiere cierta investigación, parece consistente –ahora sí- requerir notificación administrativa o judicial. Un ejemplo extraído de la jurisprudencia podría darse en el caso del australiano que inició una demanda contra google, porque su nombre e imagen aparecía en los buscadores dando una reputación errónea de su persona al parecer relacionado a crímenes que él no había cometido ni participado¹⁶. Siempre y cuando el buscador hubiera actuado sólo como interconector, es decir, no como actuó en este caso en que google fue el publicador de las imágenes y conexiones que nadie antes había autónomamente creado.

¹⁴ Para tomar un aditivo al argumento de la Royal Court of Justice, Strand, en el caso “Metropolitan International Schools Ltd. V. Google Inc. Court of Appeal-Queen’s Bench Division”, London, WC2A 2LL 16-07-2009.

¹⁵ Arg. Considerando 17 in fine del voto en disidencia parcial de Maqueda y Lorenzetti en la citada causa de la modelo Rodriguez.

¹⁶ v. Trkulja v Google Inc LLC & Anor (No 5) [2012] VSC 533 (12 November 2012) , <http://www.barrysookman.com/2012/11/28/search-engines-liability-for-defamation-trkulja-v-google/#sthash.N1OGDAIJ.dpuf>