

Voces: MEDIDAS CAUTELARES ~ PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR ~ MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA ~ PROVEEDOR DE SERVICIOS DE INTERNET ~ LIBERTAD DE EXPRESION ~ DERECHO AL OLVIDO ~ INTERPRETACION JUDICIAL

Título: Rechazo de una cautelar innovativa contra buscadores de Internet

Autor: Molina Quiroga, Eduardo

Publicado en: LA LEY 01/12/2014, 01/12/2014, 10

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B ~ 2014-10-10 ~ D. V. D. C. c. Yahoo y Otros s/ art. 250 250 C.P.C. - incidente civil](#)

Cita Online: AR/DOC/4205/2014

Sumario: I. El fallo en comentario. — II. Las cautelares contra los buscadores. — III. Los buscadores y la libertad de expresión. — IV. Era viable plantear el derecho al olvido? — V. Síntesis.

I. El fallo en comentario

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha rechazado una medida cautelar innovativa pretendida por una ex modelo, para que Google, Yahoo y Bing desvincularan de sus motores de búsqueda imágenes suyas y en especial un video de contenido erótico.

El tribunal en una escueta resolución, entiende que la medida cuyo dictado se pretende es innovativa, y por ende, tiene carácter excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 316:1833; 318: 2431; 319:1069 y 321:695). Y agrega que no puede apreciarse el peligro en demora al advertir —del propio relato de la actora— que tomó conocimiento en 2006 de la divulgación del material denunciado, y que recién promovió la pretensión cautelar en 2013; el pretexto utilizado al manifestar que "no soportaba la idea de verme envuelta con él (el autor del video en cuestión, supuestamente su ex pareja) en una causa judicial" no resiste el menor análisis, pues no muta la esencia de la cuestión y la dilación en su procura.

La Cámara entiende que no se distingue el límite entre la actividad laboral y profesional que ha desempeñado la actora y el contenido cuestionado, ya que en la presentación inicial la actora solicitó la medida precautoria (consistente en la eliminación de un video de contenido sexual que ella protagoniza) toda vez que ha visto vulnerada su intimidad e imagen, pues —afirma— se ve impedida de "retomar su carrera" (artística) y se le dificulta emprender "otro tipo de ocupación", afectando también su vida de relación; sin embargo, se advierte que no explicita detalladamente su situación, comprobadas que fueran las argumentaciones y defensas esgrimidas por Google Inc.

En efecto, los links denunciados por la encartada demuestran, prima facie, que la pretensora trabajaría profesionalmente como actriz de producciones de género erótico, y que ha actuado para la cadena televisiva de "Playboy TV", especializada en la transmisión de dichos contenidos.

Lo anterior no puede sino establecer que la accionante ha expuesto en varias ocasiones su intimidad y, además, ha consentido la divulgación de material cuyo tenor resulta al menos similar a los contenidos por ella denunciados, en ejercicio de su actividad profesional; por lo tanto, la situación no puede ser asimilada a la de una persona privada, ni a la de una pública que se dedique a otra tarea. Es por ello que el primer presupuesto de procedencia de la medida innovativa solicitada no tiene andamio en la especie.

II. Las cautelares contra los buscadores

La resolución judicial no innova en la línea de interpretación que ha venido sosteniendo especialmente la Cámara Federal, con matices, en sus tres salas, en lo relativo al rol de los intermediarios en Internet, su eventual responsabilidad por los contenidos a los que se llega por esa vía y otras cuestiones relacionadas.

Así la Sala II de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial, en mayo de 2014 [\(1\)](#) sostuvo que "frente a la tensión que suele suscitarse entre la garantía a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, lo que irá variando es el umbral de protección que reconoce el ordenamiento jurídico a la persona afectada, en función de su carácter público o privado (ver en este sentido lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos,

in re "Gertz v. Robert Welch Inc.", 481 US 323 —1974—, donde se efectúa una limitación a la doctrina sentada en el precedente "New York Times vs. Sullivan", 376 US 254 —1964—; conf. también las decisiones adoptadas por esta Sala en la causa "Nara, Wanda Solange", causa n° 8.952/09, sentencias del 30/11/10 y 5/7/12).

Y esa especial protección constitucional determina, tal como lo ha resuelto reiteradamente esta Sala, que si se invoca como fundamento de la medida la lesión a la intimidad, honor o buen nombre a través de medios electrónicos, la carga de la prueba sobre ese extremo recae sobre quien pretende la restricción cautelar (esta Sala, in re "S. de C.", causa n° 7.183/08, del 3/6/09; "B., L. M.", causa n° 4.718/09, del 8/6/10; "N.", del 30/11/10; "D. H. A.", causa n° 978/10, del 12/7/11 y las citas efectuadas en esos precedentes).

Algunos tribunales han exigido que el reclamo al buscador debe indicar los sitios precisos (con su URL) que publican el contenido presuntamente dañoso (2), mientras que en otros casos, aplicando la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, se ha desestimado dicha exigencia. (3)

Se ha rechazado la petición cautelar o su ampliación cuando las imágenes cuya reproducción se intenta prohibir no tienen contenido pornográfico sino que parecen estar relacionadas con la profesión pública de la peticionante (4), o cuando implica el análisis pormenorizado del alcance de la protección de la imagen reconocida en el art. 31 de la ley 11.723, que involucra el significado que debe asignarse en el caso al "uso comercial" y la aplicabilidad de lo dispuesto en el art. 10 del Convenio de Berna, todo lo cual excede el reducido ámbito cognitivo propio de las medidas cautelares (5).

También se ha entendido que "no se advierte óbice para que el actor dirija su pretensión contra los responsables de esos sitios y eventualmente debata con ellos la veracidad o exactitud de las noticias que considera que lesionan su honor, cuestión que 'Google Inc.' y 'Yahoo de Argentina S.R.L.' no están en condiciones de hacer, habida cuenta de que administran una herramienta de búsqueda de información. En efecto, lo contrario implicaría ejecutar las medidas contra quienes no son los responsables de la concreta información a la que se atribuye consecuencias lesivas para el honor del actor, es decir contra quienes no son los habilitados para contradecir respecto de la materia que se debate en autos" (6).

Pero también se ha desestimado la petición de los buscadores para que la cautelar se hiciera extensiva a los dueños de las páginas que publicaron los contenidos cuestionados, sus entidades registrantes, personas responsables y entidades administradoras, en tanto, no se advierta que exista obstáculo alguno para que ella misma bloquee los resultados de las búsquedas que en ese sentido se pudieran realizar (7).

Como se puede advertir el panorama jurisprudencial es uniforme. Por nuestra parte hemos cuestionado la validez de medidas cautelares y condenas genéricas que ordenen eliminar todo vínculo, sin mayores precisiones, porque coincidimos en esto con quienes piensan que ello implica atribuir a los buscadores una función de censura que no les corresponde y que sólo pueden ejercer los magistrados y así lo expresamos en la audiencia pública convocada por la CSJN en el caso R., M B vs. Google.

III. Los buscadores y la libertad de expresión

Es nuestra opinión que no se puede imponer a los buscadores un control preventivo y discrecional para el futuro sobre la circulación de contenidos que eventualmente pudieran afectar los derechos de la actora, puesto que implica una restricción general y para el futuro, que podría comprometer la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas, derecho garantizado por la Constitución Nacional y por la ley 26.032. El derecho comparado exhibe soluciones similares, como lo hemos señalado en otras publicaciones.

Recientemente el juez civil Gustavo Caramelo en una extensa y fundada sentencia, al rechazar una acción de habeas data expresó que "no es razonable imponer a un buscador responsabilidad por los contenidos publicados por sitios de Internet cuyos responsables pueden ser identificados" (8).

En otro fallo, relacionado con la red social Twitter, se ha dicho que "..., no puede perderse de vista que internet es un medio que permite a los actores comunicar su postura frente a los hechos imputados en la cuenta de Twitter en forma prácticamente ilimitada, a través de los mismos canales que utilizó la persona que los habría difamado, sin costo alguno. De ahí que en este ámbito serían aplicables las palabras de Oliver W. Holmes: "cuando se toma conciencia de que el tiempo ha conciliado muchas ideas encontradas, las personas pueden llegar a creer —aún

más profundamente que de lo que creen en los fundamentos de su propia conducta— que el mejor camino para alcanzar el bien último es el libre intercambio de ideas, y que la mejor prueba de verdad es el poder del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado" (conf. "Abrams v. United States", 250 U.S. 616, 630-1919) (9).

Sin perjuicio de las dificultades tecnológicas que puedan tener los proveedores de servicios de Internet, aun quienes alojan datos ("hosting"), para controlar el contenido y el encarecimiento del sistema que ello pueda causar, pensamos que un control previo por el ISP puede conducir a una privatización de la censura, toda vez que estos se convertirían en la "autoridad competente" para discernir lo nocivo o dañoso y para juzgar la ilicitud de la información, sin dejar de mencionar que también decidirían cuál legislación se aplica: la vigente en el país en el que está instalado el proveedor o en el que se accede a ese contenido.

En el caso *Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.* (10), la justicia británica comparó la función de un buscador de Internet con la de un bibliotecario que indexa el contenido de una biblioteca, y concluyó que "no es realista atribuir responsabilidad por el contenido de esos libros al compilador del catálogo"; y que gracias a los motores de búsqueda, los usuarios se colocan en una situación activa de búsqueda de información, modificando el esquema tradicional propio de otros sistemas en los que el receptor recibe información que transmite un tercero. "La lección obvia aquí es que la búsqueda de información en Internet es muy importante como para ensuciarla, y deberíamos ser muy cuidadosos al tomar decisiones que puedan perjudicar esa búsqueda".

En definitiva, creemos, como la inmensa mayoría de los documentos internacionales y fallos extranjeros que hemos citado en nuestras publicaciones, que es necesaria una interpretación razonable sobre la función que cumplen los buscadores de Internet, donde se conjuguen en la mayor armonía posible, la libertad de expresión, el progreso de la sociedad del conocimiento y el respeto a los derechos personalísimos.

Sobre este último punto, cabe recordar que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1 de la ley 26.032: "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".

Es que, como bien lo enseña Bidart Campos: "La libertad de expresión es el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, etc., a través de cualquier medio" (Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I-B, p. 90). Este autor enfatiza que la Constitución protege la libertad de expresión en todas sus formas y manifestaciones, "presuponiendo la pluralidad de medios y técnicas que, en continuo avance, se utilizan como canales y vías para la expresión, la información y la comunicación", y añade: "actualmente hay que tomar también en cuenta la 'revolución digital'; la información global; las tecnologías comunicacionales; el correo electrónico; la 'telaraña' de Internet; el ciberespacio (...) el comercio electrónico y sus vínculos informativos" (op. cit., t. I-B, p. 95 y 98).

Si la búsqueda, recepción y difusión de ideas e informaciones de toda índole por Internet se encuentra amparada por la garantía constitucional de libertad de expresión, y los buscadores cumplen un rol importante al posibilitar el acceso de los usuarios de la red a los contenidos de los millones de sitios web existentes, solo cabe concluir que su actividad se encuentra amparada por aquella garantía constitucional.

La libertad de expresión cumple una función de suma relevancia en la sociedad; y ello es así porque está ligada, nada menos, que al ejercicio del derecho de informar y del acceso a la información. No es que esa función pueda extenderse en detrimento otras garantías constitucionales, tales como el honor o el derecho a la intimidad, pero a la hora de analizar restricciones sobre esta garantía el criterio debe ser muy estricto.

IV. ¿Era viable plantear el derecho al olvido?

No es desatinada la reflexión de Altamira Gigena cuando sostiene que posiblemente el amparo no era la mejor opción para el objetivo buscado, y quizá sí lo hubiera sido el ejercicio del derecho al olvido, que la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europeo (11) ha instalado al entender que cualquier ciudadano europeo puede reclamarle a Google que elimine de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de

estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita. Todo ello previo examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. La parte que más cuestionamos de esta resolución es aquella que dice que solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, prevalece, en principio, no sólo sobre el interés del público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. La excepción si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante del público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.

No ignoramos que es una cuestión harto polémica, como lo han analizado tanto Altamira Gigena (12) como Palazzi (13), entre otros. Dice el primero que la actora no fue forzada a filmar los programas para Playboy TV, seguramente firmó un contrato y percibió dinero por ello, al ser mayor de edad no se encuadraba en una actividad delictual y a continuación se pregunta si es posible que cualquier persona puede reclamar que se borre su pasado, y pone como ejemplos el de un político que haya tomado medidas gubernamentales rechazadas por la sociedad, o empresarios que quieran borrar su relación con emprendimientos actualmente desprestigiados, etc., para concluir interrogándose sobre cuál sería el límite del derecho al olvido.

V. Síntesis

En resumen, se trata del rechazo a una medida cautelar, en la que el peligro en la demora era inexistente, conforme lo que la propia actora relató, y en cuanto a la verosimilitud del derecho, más allá de nuestra clara posición en defensa de la libertad de expresión y el rol de los buscadores, la polémica seguirá abierta, porque están en tensión derechos de máxima jerarquía y un escenario todavía inacabado como el de Internet. En lo personal no nos convence la aplicación de criterios como los que surgen de la sentencia europea, pero admitimos que es el tema del momento.

(1) CNACCF, sala II, 15/05/2014, Causa n° 1170/2013, C., I. J. M. c/ Google Argentina S.R.L. y otros s/daños y perjuicios.

(2) CNCiv., sala A, 24/9/2009, "Zabaljauregui Cintia Evangelina c. Yahoo de Argentina S.R.L.", DJ, 31/3/2010, 812; cita online: AR/JUR/41218/2009. Ver también CNACCF, sala I, 31/8/2010, "Slapka Butler, Pía c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/medidas cautelares", elDial AA6479, donde se dice: "la calificación de un sitio como 'sexual' o 'pornográfico' a fin de determinar la posible afectación de los derechos personalísimos de la actora, en virtud de la vinculación con aquél, exige una valoración de su contenido o, cuanto menos, del contenido de la descripción que surge de los listados de resultados, en orden a determinar en cada caso la pertinencia del bloqueo y en procura de armonizar todos los derechos involucrados. Ello implica necesariamente una individualización de los enlaces que se debe analizar", CNACCF, sala II, 29/4/2011, "J. C. V. y otro c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", elDial AA6BF4.

(3) CNCiv., sala C, 11/4/2007, "Giovanetti, Laura E. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros", Exclusivo Doctrina Judicial Online; AR/JUR/2720/2007. Ver también CNACCF, sala II, 19/2/2009, "P., J. L. c. Yahoo de Argentina SRL y otro", DJ, 8/7/2009, 1884, AR/JUR/7800/2009; CNACCF, sala I, 7/5/2009, "Bello, Débora Corina c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/medidas cautelares", elDial AF470D. Ver también CNACCF, sala I, 11/6/2009, "Barreto, Gisela Adita c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/medidas cautelares", elDial AF47B1; CNACCF, sala II, 12/7/2011, "D. H. A. c. Google Inc s/medidas cautelares", elDial AA6EE9.

(4) CNACCF, sala II, 11/12/2009, "Iracet, Estefanía Jennifer Claudina c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro", RCyS 2010-VII, 143, AR/JUR/68962/2009.

(5) CNACCF, sala I, 8/4/2010, "David Gutiérrez, Pamela Carolina c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares", eDial AF40F7; CNACCF, sala I, 17/9/2009, "Maillard, Julieta c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares", eDial AF4971; CNACCF, sala I, 8/9/2009, "Cupito, Alejandro Martín c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares", eDial AF496D; CNACCF, sala 3, 23/6/2011, "Entratico, Guillermina c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ medidas cautelares, eDial AF5DE7.

(6) CNACCF, sala I, 23/12/2008, "Miragaya, Eduardo Daniel c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares", eDial AF550D.

(7) CNACCF, sala II, 27/2/2009, "Abramo, Laura Graciela c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro", Exclusivo Doctrina Judicial Online; AR/JUR/7703/2009.

(8) JNPICiv N° 1, marzo 2014, "G. C.V. c/Google Inc. s/Habeas Data" (Expte. N° 114.474/2006) y "G. C. V. c/Google INC. s/daños y perjuicios (Expte. N° 40.500/2009).

(9) CNACCF; sala II, 31/03/2014, "L. N. L. y otro c/ GOOGLE ARGENTINA SRL s/medidas cautelares". Infojus.

(10) Court of Appeal - Queen's Bench Division, 16/07/2009, [2009] EWHC 1765 (QB), párr. 52.

(11) TJUE (Gran Sala) 13/05/2014, asunto C-131/12, Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>

(12) ALTAMIRA GIGENA, Matías, <http://comercioyjusticia.info/blog/justicia/en-playboy-si-en-google-no/>

(13) PALAZZI, Pablo, El derecho al olvido en Internet, <http://www.rlpdp.com/2012/06/palazzi-el-derecho-al-olvido-en-internet/>