

Y VISTOS

Estos autos caratulados "RODRIGUEZ MARIA BELEN contra GOOGLE INC. Y OTRO sobre DAÑOS Y PERJUICIOS" (Exp. N° 99.613/06), que se encuentran en estado de dictar sentencia definitiva, de los que

RESULTA:

a) Que, a fs. 60 se presenta por derecho propio MARIA BELEN RODRIGUEZ y promueve demanda de daños y perjuicios, ampliada a fs. 124, contra Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L. Reclama la suma de trescientos mil pesos (\$300.000), con más los intereses, actualización monetaria y costas, en concepto de daño material por uso indebido de la imagen y daño moral por violación del derecho a la intimidad.

Pide también se condene a los emplazados al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado, de su imagen y nombre, como así también a la eliminación de su imagen y nombre de los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico denunciados y/o a la supresión de las vinculaciones de su nombre, imagen y fotografía de tales sitios y actividades, a través de los buscadores de Internet www.google.com.ar y www.yahoo.com.ar

Afirma que desarrolla su actividad como modelo profesional y actriz habiendo participado en importantes campañas publicitarias, desfiles de modelos, presentaciones, conducción y participación en programas de televisión, todos ellos relacionados con el mundo de la moda, el espectáculo, la publicidad y la conducción televisiva

Agrega que su trabajo le permitió alcanzar un amplio reconocimiento del público, siendo al momento de interposición de la demanda integrante del staff de Multitalent Agency, agencia de modelos con gran prestigio internacional.

Destaca la importancia que reviste el uso de su imagen en la actividad que desarrolla, conservando para sí la facultad de decidir cuándo, cómo y dónde pueden publicarse las fotografías que le toman.

Agrega que por comentarios de familiares y amigos, respecto a la aparición de su nombre y fotografías en diversas páginas web de dudosa reputación, como en la búsqueda por imágenes de los propios portales accionados, accesibles desde los buscadores de propiedad de Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., comprobó que al incluir su nombre en el campo de búsqueda aparecía vinculada con actividades sexuales no compatibles con su pensamiento y línea de conducta.

Vale decir, su nombre, fotografías e imágenes se relacionaban indebidamente y por cierto sin consentimiento alguno por todo el mundo, con sitios de contenido sexual, pornográfico, de acompañantes y otras actividades relacionadas con el tráfico de sexo.

Imputa responsabilidad a las empresas demandadas y se agravia de que las mismas utilicen indebidamente su imagen con miras a obtener beneficios comerciales en sus portales denominados "IMAGENES".

Funda su derecho y ofrece prueba. Reserva el caso federal

b) Que, a fs. 133 se presenta GOOGLE INC., por apoderado. Contesta la demanda y opone excepción de incompetencia.

Niega los hechos relatados en la demanda y la documentación acompañada.

Analiza el tema a debatir y considera parafraseando al director de la Biblioteca Nacional de Francia, Jean Noel Jeanneney que Internet "es comparable con la invención de la imprenta de Gutenberg, es una manera de poner fin a esta injusticia, o desigualdad, que existe entre los que tienen un fácil acceso a las bibliotecas y librerías, y los que no lo tienen...".

Destaca que su parte no tiene responsabilidad alguna por los hechos demandados pues no media un obrar ilícito, ni relación de causalidad entre ese obrar, y los supuestos daños que invoca la actora.

El rol que cumple Google Inc., es el de un tipo especial de proveedor de servicios ya que intermedia entre los usuarios y los proveedores de contenidos, facilitando en forma gratuita a los primeros a encontrar contenidos publicados por estos últimos.

Agrega que al prestar tal servicio no modifica ni hace propios esos contenidos. Sólo indica a través de la exhibición de una serie de enlaces (links) los sitios de Internet que posean alguna información vinculada con la búsqueda ingresada por el usuario

También pone de relieve que los hechos, esto es la creación de un sitio web en el cual se vincularía a la actora con servicios sexuales y el ingreso por el usuario de palabras en el buscador que lleven a esos sitios, tienen entidad suficiente para producir una ruptura del nexo causal entre el obrar de su parte y los supuestos perjuicios reclamados en el inicio.

Finaliza diciendo que la actora pretende reclamar eventuales daños y perjuicios a su parte sin advertir que Google Inc., no es el creador ni administrador de los sitios web que le habrían producido un daño, pues el contenido de esos sitios fue decidido e incluido por terceros por quienes no debe responder.

Impugna los rubros y montos reclamados. Funda el derecho, ofrece prueba y reserva el caso federal

c) Que, a fs. 188 se presenta YAHOO! DE ARGENTINA S.R.L., por apoderado, contestando la demanda.

Niega los hechos relatados y la documentación acompañada por la actora. Alega que su parte opera en el país desde el año 2000, siendo su objeto principal la prestación de diversos servicios asociados a Internet a través de su portal ubicado en <http://ar.yahoo.com>.

Luego de detallar el funcionamiento del buscador de sitios y el de imágenes de su parte, dice que tanto los buscadores como el uso y la localización de sitios por medio de estos constituyen la base del acceso a Internet. Destaca que toda la red de Internet interactúa en base a links los cuales posibilitan el funcionamiento de la www.

Afirma que la conducta reputada ilícita por la actora, consistente en la divulgación en Internet de contenidos relacionados con su persona respecto de los cuales no habría otorgado autorización, no fue llevada a cabo por Yahoo! de Argentina S.R.L., sino eventualmente por terceros ajenos a su parte.

En cuanto a la utilización de la imagen concluye en que su parte no localizó en los resultados de su buscador un solo sitio que publique imágenes de la actora. No obstante señala que tal accionar hubiese sido absolutamente lícito. Destaca que desde el momento en el cual un sitio de Internet publica una foto, esa fotografía se convierte en pública y, conforme a la naturaleza propia de Internet, libremente accesible para cualquier usuario que acceda a la misma.

Considera que aun cuando su parte es una empresa con fines de lucro, en relación al buscador de imágenes y a las imágenes reducidas que allí se publican, niega percibir algún tipo de ingreso o efectuar la actividad con ánimo de lucro.

En cuanto a la violación a los derechos de intimidad, privacidad, imagen y honor alegados por la actora, finaliza diciendo que de comprobarse tales transgresiones, deberán ser resarcidos por quienes elaboraron y publicaron los contenidos, y no por Yahoo! de Argentina S.R.L., en razón de la inexistencia de cualquier nexo causal entre su conducta y los supuestos daños invocados en la demanda.

Impugna los rubros y montos reclamados. Ofrece prueba y reserva el caso federal.

d) Que, a fs. 307 de desestima la excepción de incompetencia, decisión confirmada por la Alzada a fs. 354.

e) Que, a fs. 413 se rechaza el pedido de citación de tercero articulado por Yahoo! de Argentina S.R.L.

f) Que, a fs. 475 se desestima el hecho nuevo invocado por la actora

g) Que, a fs. 520 se abre la causa a prueba.

Producida la que obra en el expediente, conforme certificación del Actuario, se colocan los autos en Secretaría a los fines del art. 482 del C.P.C.C., derecho ejercido por la parte actora, a fs. 1214/1297; por Yahoo! de Argentina S.R.L., a fs. 1299/1329; y por Google Inc., a fs. 1331/1347.

Con ello, a fs. 1350 se llaman "Autos para sentencia", providencia que se encuentra consentida.

Y CONSIDERANDO:

I.- La actora promueve demanda contra las empresas Google Inc., y contra Yahoo! de Argentina S.R.L., por el accionar de las nombradas, relacionado con la difusión, utilización, promoción y comercialización de su imagen física y de su nombre vinculada a la actividad o servicios pornográficos en un medio de interconexión global como lo es Internet.

Si bien ambas co-demandadas reconocen desempeñar dentro del universo de los proveedores de Internet el rol de "buscadores" de páginas web, rechazan la responsabilidad de su parte, alegando no proveer el contenido de los sitios encontrados mediante su servicio de búsqueda, respecto de los cuales son terceros ajenos.

II.- Considerando que el presunto daño cuyo resarcimiento se reclama fue ocasionado a través de un medio de interconexión global, corresponde para entender mejor el problema distinguir algunos conceptos que involucran el marco de conocimiento operativo que requiere la informática como escenario para poder desarrollarse y ser una potencial fuente generadora de consecuencias.

Toffler afirma que la Era de la primera ola de la civilización arranca en el año 8000 AC, dominando la Tierra hasta los años 1650-1750 DC, cuando comienzan a aparecer las primeras invenciones que darían forma a la civilización industrial. Esta segunda ola alcanzó su punto de inflexión a partir de la década iniciada alrededor de 1955, año en que por primera vez los trabajadores de servicios superan a los obreros manuales en Estados Unidos. Es ésta la década en que la tercera ola comienza a cobrar fuerza, presenciando "la generalizada introducción del computador (...) y muchas otras innovaciones de gran impacto." (Toffler, Alvin, La tercera ola, Barcelona, Plaza & Janés, séptima edición, 1981, págs. 29 y 30).

Fernando Flores Jordán, sostiene que informática es "la ciencia que tiene por objeto propio el conocimiento de información; como método la teoría de sistemas; como instrumento operativo la computación; como ámbito de desarrollo la organización; como objeto la racionalización para la eficiencia y eficacia en la acción, a partir del proceso de producción y circulación de la información" (cita tomada por Lamanna Guiñazú, Emiliano. "Aproximaciones sobre la responsabilidad y la cuantificación por daños a los sistemas informáticos", elDial, DCF87, nota 50, de Graciela N. Messina de Estrella Gutierrez, "La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica", p.151, Buenos Aires, Abeledo Perrot, segunda edición, marzo de 1989).

En "La invención de Morel" (1940), Bioy Casares relata la historia de un fugitivo que llega a una isla desierta. Un día advierte que no está solo: habita la isla un grupo de turistas, con los que el protagonista intenta sin éxito entablar comunicación. Al cabo de un tiempo, descubre que esos seres no son reales, sino que son creaciones tridimensionales, producto de la máquina que Morel ha inventado para grabar la realidad y poder reproducirla hasta el infinito, obteniendo de esta forma la inmortalidad. El precio a pagar por ella, es la muerte. El fugitivo, enamorado de Faustine, uno de los seres grabados por la máquina de Morel, logra comprender el sistema y grabarse junto a su amada, quedando de esta manera atrapado para siempre en la inmortalidad del mundo virtual. Como bien se ha señalado, se podría ubicar a la novela referida como un texto de anticipación del presente informático (Ob. cit., Buenos Aires, Emecé, 2003; Garrido Cordobera, Lidia y Kunz, Ana, "El derecho de daños ante las innovaciones científicas y tecnológicas", La Ley, Sup. Act. 15/08/06, 2 y Battista, Vicente, "La literatura argentina y el presente informático", Informática, Clarín, 17/3/99, citado por las primeras).

Internet existe desde el año 1969. La primera conexión de computadoras "ARPANET" ("Advanced Research Projects Agency Network"), se produce entre las universidades de California y una universidad de Utah, en tanto el servicio de más éxito es la "World Wide Web" (www), conjunto de protocolos TCP/IP que permite, de forma sencilla, la consulta remota de archivos de hipertexto. La creación del sistema se le debe al físico inglés Tim Berners-Lee en el año 1989, y el primer servidor web fue puesto en línea el 6 de agosto de 1991

Se la ha definido "como el conjunto de redes de computadoras interconectadas que, para el acceso a la información, utilizan plataformas de software y protolenguaje HTML ("hypertext meta language") para el formato de datos. Para la navegación a través de la información estándar, utilizan la www ("world wide web") o principio de navegación hipermedia, que consiste en sucesivos enlaces o links de información -datos, voces e imágenes- contenida en distintos servidores." Asimismo se la conceptuó como "una red internacional de computadoras interconectadas que posibilita comunicarse entre sí a decenas de millones de personas, así como plegarse a una inmensa cantidad de información de todo el mundo." (Sarra, Andrea Viviana, "Comercio electrónico y derecho. Aspectos jurídicos de los negocios en Internet", Astrea, Buenos Aires, 2000 y Corte Suprema, EE.UU., 26/6/1997, "Janet Reno v. American Civil Liberties Union", citados por Lorenzetti, Ricardo L, "Comercio Electrónico. Documento. Firma Digital." Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pág. 10 y 11).

También se la catalogó diversa a una entidad física o tangible, describiéndolo más bien como una red gigante que interconecta innumerables pequeños grupos y conecta redes de computadoras (Corte Suprema, EE.UU., 26/6/1997, "American Civil Liberties Union vs. Reno").

La red importa el entrecruzamiento de hipervínculos cuya enorme cantidad forma la telaraña virtual denominada www. El éxito de esta no sólo provocó la "explosión de Internet" sino, y en esencia, fue origen del cambio de "paradigma" que transformó el medio de interconexión de una simple tecnología de comunicación de datos entre computadores operados por un reducido número de especialistas, en un "ambiente de convivencia humana general" de infinitos matices (Mille, Antonio, "Motores de la búsqueda en Internet y derecho de autor. Los casos judiciales de la "generación Google" ", JA, Volumen: 2008-IV, Doctrina, del 19/11/08, pág. 1275).

A partir de estos extremos, puede afirmarse que Internet es el efecto más distintivo de la sociedad de la información pues, como se adelantara, representa el conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas que utilizan la familia de protocolos TCP/IP, asegurando que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única, de alcance mundial. A no dudar lo simboliza un nuevo medio capaz de emitir, transferir o colocar información de todo tipo, estrechamente unido a la economía digital y de información con pautas diferentes que necesariamente afectan e influyen en los conceptos y reglas del derecho

III.- Es claro que la "globalización económica" puede generar consecuencias directas en la "globalización jurídica", y dentro de la expansión de nuevas cuestiones jurídicas se han enunciado a modo de ejemplo "la violación de la intimidad (a través de los "cookies"); los contratos a través de Internet con sus respectivos subtemas: el consentimiento; el lugar de celebración, etc.; la aparición de los nuevos contratos shrink wrap; la jurisdicción que analizará los pleitos judiciales; la legislación aplicable; la utilización de "meta-tags"; el envío de spams; la problemática de los registros de nombres de dominio de Internet; los "hackers"; la responsabilidad por "hijacking"; los problemas por el "deep link"; las nuevas responsabilidades profesionales (por ejemplo, en la instalación de firewalls); las nuevas cuestiones en el derecho laboral (v. gr. cyberslacking), llegando al análisis del "Proyecto Genoma Humano", con sus distintas derivaciones (la clonación, la modificación de células germinales, etc.) y muchas otras cuestiones que día a día van apareciendo ante nuestros azorados ojos." (Sobrino, Waldo Augusto Roberto, "Nuevas responsabilidades legales derivadas de Internet", pág. 269/270, en "Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional", Volumen 7, Depalma, 2001).

IV.- Como aspectos más sobresalientes de la sociedad de la información, Internet cuenta con diversos actores proveedores de utilidades, cuyo concepto es preciso discernir para conocer y determinar la función que les cabe a los sujetos demandados.

Se los ha juzgado como: "(i) Proveedores de acceso (quienes ofrecen servicios de conexión a Internet, (ii) proveedores de emplazamiento (lo que se conoce como "hosting". Estos almacenan contenidos para su utilización por los usuarios), (iii) operadores de foros (bulletin boards, news groups y chat rooms, quienes ofrecen un espacio público para el intercambio de mensajes, contenidos e información) y (iv) proveedores de herramientas de búsqueda (acceso a base de datos en la que se encuentran las direcciones de Internet identificadas por ciertos programas de búsqueda)" (Massaquer, J., "La Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por la Infracción de los Derechos de Propiedad Intelectual", Artículo distribuido en la Consulta Regional de la OMPI s/ Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual. Buenos Aires, 2 y 3 de agosto de 1999; cit. por Wegbraut, Pablo, en "La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por violación al derecho de autor", LA LEY, 2000-F 1143).

Sobrino distingue tres grupos de sujetos: 1) Information Providers: categoría que incluye a quienes proveen información por medio de una página (web page) o a través de un sitio (site). Eligen los contenidos que publican, ya sean propios o de terceros; 2) Hosting Service Providers e Internet Service Providers (I.S.P.): el primero tiene como función alojar sitios o páginas, el segundo brinda el servicio para conectarse con el Internet Access Provider; y 3) Access Providers: poseen como única función brindar la estructura técnica para que las empresas de Internet service provider y de hosting service provider puedan tener acceso al ciberespacio (Ob.cit., págs. 273/278).

Cabe destacar que si bien aún no contamos con una ley específica, en materia de proyectos legislativos el elaborado por Ricardo Jenefes (S-0209/09), que se encuentra en el Senado con media sanción, incluye dentro del término Proveedores de Servicio de Internet (ISP): "a) Los proveedores de acceso (Internet Access Providers IAP), que son quienes brindan a los usuarios el servicio de conexión a Internet y transmiten al usuario los contenidos; b) Los proveedores de alojamiento (Hosting Service Providers) que son quienes almacenan los contenidos de los sitios en sus servidores. c) Los proveedores que ofrecen públicamente programas especiales que se utilizan para la ubicación de contenidos que tengan las particularidades definidas por el usuario."

V.- Debe subrayarse que entre los Proveedores de Servicio de Red (ISP), la actora reprocha a las empresas demandadas la prestación de herramientas de búsqueda general de páginas (URL) de Internet y el de herramienta de búsqueda de páginas (URL) de Internet que además de texto contengan imágenes.

Por su parte los demandados aceptan que dentro del espacio de los sujetos que intervienen como prestadores de servicio en la red digital, les cabe, en el caso, el distingo de buscadores de sitios o herramienta neutra. Afirman tras ello que los servicios de búsqueda de URLs (genérico o de URLs con imágenes) no proveen contenidos a la red, sólo facilitan el servicio de información de la existencia de las URLs.

Finalmente, ambos sostienen no ser responsables de los textos y/o de las imágenes que los creadores de sitios pusieran a disposición en Internet vinculados a la actora.

VI.- Está claro que Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., son buscadores o "robot" que recorren constantemente con programas informáticos las páginas web que existen en Internet accediendo a su contenido. De este repaso extraen una clasificación que les permite luego individualizar cuáles sitios web contienen información o prestan servicios vinculados con la palabra clave utilizada como argumento de búsqueda. También el sistema realiza una reproducción de archivos que almacena,

esta versión "cache", se utiliza para juzgar la adecuación de las páginas respecto de las consultas de los usuarios y proveer una copia de "back-up" a la cual se puede llegar con más celeridad (Mille, Antonio, Ob. cit., pág. 1278).

La definición de Frene es muy acertada: "los "buscadores web" son aquellos que prestan un servicio, el cual, a partir del ingreso de una palabra precisa en el índice de búsqueda en sus sitios de Internet, autoriza a los usuarios conocer o acceder a través de un "link" a los sitios de Internet de terceros que contengan la palabra ingresada o las imágenes vinculadas con el aludido término..." ("Responsabilidad de los "buscadores" de Internet" La Ley, 17/11/09). También se los describió como "... un software al que se puede acceder desde un sitio web: estos buscadores facilitan a los usuarios de Internet búsqueda de los sitios web, a través de sistemas informáticos automáticos de actualización constante que rastrean la información que se va agregando a la www.. En estos motores de búsqueda los usuarios escriben palabras "clave" y el buscador, de forma automática indica en cuáles sitios web se encuentran tales palabras objeto de la búsqueda del usuario, ya sea que estén en forma visible, dentro de su contenido o, en forma oculta, dentro de su código fuente..." (Gini, Santiago Luis, "Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión", La Ley, Sup.Act., 23/10/08, 1).

Por su parte, el perito informático designado por el Tribunal resume el concepto diciendo:

"... comparan la palabra buscada por el usuario con un archivo índice de datos procesados previamente y almacenado en una ubicación determinada y en base a las coincidencias encontradas, publican los resultados de acuerdo a los criterios preestablecidos por cada buscador. Para deducir los registros más pertinentes, el algoritmo de búsqueda aplica estrategias clasificatorias diseñadas por cada buscador. El análisis de enlaces constituye otra estrategia muy utilizada. Esta técnica estudia la naturaleza de cada página (si se trata de una "autoridad", porque otras páginas remiten a ella, o si es un "eje", porque remite a otras páginas)..." (v. pericia de fs. 640vta.)

VII.- En el marco establecido por los lineamientos precedentes, al hallarse en juego un conflicto entre los derechos constitucionales de libertad de expresión y a la intimidad, cabe examinar la responsabilidad imputada de Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., sobre la base de jurisprudencia comparada, principios constitucionales y normas del Código Civil de acuerdo al principio genérico de no dañar "alterum non laedere", consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

No se trata de interpretar cuál de esos derechos especialmente protegidos cuenta con mayor jerarquía, postergando uno en pos del otro, sino de armonizar su plena vigencia y establecer de acuerdo al caso concreto examinado si el ejercicio del derecho a la libre expresión ha sido regular y no ha generado el perjuicio moral y material especialmente resguardado conforme se desprende con meridiana claridad del precitado art. 19, primera parte de la Constitución Nacional ("Franco, Julio César c/ Diario "La Mañana" y/u otros", fallos 1295. XL).

La Corte Suprema reiteradamente ha establecido que todos los derechos que la Constitución reconoce son relativos, encontrándose sometidos a las leyes que reglamenten su ejercicio y a los límites que les impone la coexistencia con otros derechos.

Así, cabe poner de resalto que en el precedente "Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida" (fallos 306:1892), la Corte Suprema tuvo oportunidad de establecer el alcance que cabe dar al derecho de privacidad, al señalar que "comprende no sólo la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen" y destacó que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y, salvo que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen. ..."

La doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, coinciden en que el carácter público o privado de la persona involucrada en la información, así como también el contenido de la misma, son elementos esenciales al momento de decidir el conflicto que puede plantearse entre el respeto al derecho a la intimidad y a la preservación de la libertad de expresión en la divulgación de aspectos que se vinculan con derechos personalísimos de un individuo.

En este sentido, recordando el voto del Dr. Marcelo Jesús Achával (Fallos "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios." Sala H, rec. 231.669 del 11.3.98; CSJN 25/09/2001; ídem autos "Perelmuter, Isaac Gabriel y otro c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/daños y perjuicios", Sala H, rec. 289.849 del 7.6.01; CSJN 17/11/03): "La noción filosófica de intimidad ha ocupado a los pensadores desde antaño, siendo relativamente reciente su definición jurídica. Ha sido la amenaza de la privación de la intimidad, la circunstancia que se encuentra en el origen de la necesidad de procurar una protección jurídica de aquella área reservada al individuo. La invasión de la esfera de la intimidad de los individuos, ya sea por el Estado, grupos de poder, demás individuos, o (...) de la prensa, dio cabida a la regulación normativa de aquella zona de reserva de la cual cabe excluir a terceros." También en dicho voto se dijo: "...la consideración de la naturaleza integral del hombre, además de revelar su necesidad de intimidad, también lo muestra como un ser social, que vive en comunidad y requiere de ella para su pleno desenvolvimiento, de lo cual resultarían las correlativas limitaciones o restricciones a la protección jurídica de la intimidad" (...) esas facetas son discriminables desde una perspectiva teórica, vivencialmente se entrelazan de modo dialéctico en la unidad sustancial del hombre. Así, la proyección exterior de la persona es fuente de valores positivos únicamente si existe vida íntima, y será tanto más viva cuanto más intensa sea ésta: todo lo que el hombre ha creado, antes que hecho y exteriorizado, ha sido engendrado y madurado en el ámbito de su ser íntimo". (Zavala de González, Matilde, "Derecho a la intimidad", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pág. 12 y 13, citado en los fallos precedentes).

A la luz de tal doctrina, cabe destacar que la protección de la vida privada fue reconocida por el derecho internacional como un derecho del hombre por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948; el artículo 17 del Pacto de las Naciones Unidas relativo a los derechos civiles y políticos, suscripto en 1966, ratificó esos términos.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley número 23.054, dispone sobre el derecho a la privacidad. La Constitución Nacional, reformada en el año 1994, otorga rango constitucional a los documentos internacionales de referencia (artículo 75 inciso 22).-

No es ocioso poner de relieve que el derecho a la intimidad se encuentra especialmente protegido con una norma específica introducida por ley 21.173, como artículo 1071 bis del Código Civil. Dicho precepto establece: "El que arbitrariamente se

entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

La disposición ejemplifica el supuesto de violación a la intimidad a través de distintas formas. Sin embargo, no puede afirmarse que toda publicación de la imagen o uso del nombre produzca siempre violación del derecho a la intimidad. Si bien como agudamente se ha expuesto, todo derecho personalísimo puede verse vulnerado sirviendo de medio otro derecho personalísimo o no (conf. Cifuentes, Santos, "Los derechos personalísimos", pág. 309), debe destacarse que cada uno de ellos es un derecho autónomo (conf. autor citado, "Derecho a la intimidad", ED 57-831).

De ese modo, a través del nombre o de la imagen puede perturbarse el honor o la intimidad de la persona. Puede usurparse la imagen pero también vulnerar la fama o la intimidad de la persona. En este último supuesto se habrían violado, al decir de la parte actora, dos derechos perfectamente diferenciados.

Tal como lo ha distinguido Nino, existe una confusión conceptual entre el bien de la intimidad y aquél que se refiere a la privacidad (Nino, Carlos S., "Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional", Ed. Astrea, 1992, pág. 327). Así, entiende por privacidad "la eventualidad irrestricta de ejecutar acciones privadas, o sea acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer; ellas son acciones que, en todo caso, infringen una moral personal o "privada" que evalúa la calidad del carácter o de la vida del agente, y son, por tanto, acciones privadas por más que se realicen a la luz del día y con amplio conocimiento público (...)". En cuanto al concepto de intimidad, es la "esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás" (Ob.cit., pág. 327). Mencionando a Parent en su estudio sobre el tema, destaca cómo el autor lo distingue con toda claridad y poniendo de manifiesto la confusión en la que otros incurren sobre la base del derecho a "ser dejado solo" o (...) "de ejercer autonomía sobre cuestiones personales significativas" (Parent, W.A., "Privacy. Morality and the Law", en *Philosophy and Public Affairs*, 1983, vol. 12, nro. 4, pág. 269; Nino, Carlos S., Ob. cit., págs. 327/328, nota 199).

VIII.- Son elementos del deber de responder civilmente, la existencia de un daño, de una conducta antijurídica, de relación de causalidad entre el hecho y el daño y de un factor de imputación subjetivo o de atribución objetivo de responsabilidad. Debe existir un nexo de causalidad adecuada -conforme el sistema adoptado por nuestro Código Civil- entre el acto lesivo que se imputa al presunto responsable y el perjuicio causado. En cuanto al daño causado, éste puede ser de índole moral, tal la herida en los sentimientos, tristeza, angustia, molestias, etcétera (art. 1078, Cód. Civil), o bien material (art. 1068 del Código Civil).

Ambas codemandadas, en su línea argumental intentan ampararse en el art. 19 de la Constitución Nacional y en el art. 1066 del Código Civil; también en el art. 1º del decreto 1279/97: "Declárase que el servicio de INTERNET, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social."; en el art. 1º de la ley 26.032 (promulgada el 16/6/05): "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"; y por último en el art. 1º del Decreto 554/97: "Declárase de Interés Nacional el acceso de los habitantes de la República Argentina a la red mundial INTERNET, en condiciones sociales y geográficas equitativas, con tarifas razonables y con parámetros de calidad acordes a las modernas aplicaciones de la multimedia."

Así las cosas, considerando que no es suficiente la mera comprobación de que ha existido una intromisión en la intimidad de una persona, para concluir en que la conducta debe merecer el reproche del derecho, es menester indagar si el comportamiento de la parte demandada reviste el carácter de ilegítimo para el derecho, lo cual induce a preguntarnos sobre la existencia de antijuridicidad en el acto.

IX.- En el derecho comparado el primer paso sobre la responsabilidad de los "buscadores web" fue dado en 1996 por Estados Unidos con la "Communications Decency Act" que estableció que: "Ningún proveedor ni usuario de un servicio informático interactivo será tratado como un editor o locutor de la información provista por otro proveedor de información", y fue seguida en 1998 por la "Digital Millenium Copyright Act" (Si bien es más específica de derechos de propiedad intelectual, en las violaciones de estos derechos el supuesto de hecho es muchas veces el mismo: usuarios de Internet que usan buscadores para acceder a sitios web donde se violan los derechos de propiedad intelectual) y la "Children's Online Privacy Protection Act" (COPA). En el año 2000, la Unión Europea en la Directiva 2000/31/CE, del 8 de Junio de ese año, dictada por el Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la Información, estableció: "Los Estados miembros garantizarán que en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no selecciones al destinatario de la transmisión; y c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos." (Gini, Santiago Luis, Ob.cit.)

Por su parte la ley española 34/2002, que adapta a su derecho interno la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea, precisa: "los servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, no son responsables por dirigir a sus usuarios hacia los sitios o links con contenidos ilícitos, siempre que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud o posibilidad de causar daños por las páginas hacia las que derivan a sus usuarios, o cuando tienen conocimiento tomen medidas para suprimir el enlace." (López Herrera, Ricardo, Ob. cit., pág. 801).

X.- Si bien, como ya fuera dicho, no existen en nuestro ordenamiento positivo disposiciones especiales sobre la responsabilidad de los ISP -en materia de proyectos legislativos el anteproyecto S-0209/09, establece: "(Art. 2º) Cuando existan contenidos con información que se consideren perjudiciales a los derechos personalísimos, el eventual damnificado deberá notificar dicha circunstancia en forma fehaciente al ISP. Recibida la notificación deberá iniciar de inmediato todas las medidas necesarias para

impedir el acceso de cualquier usuario a los contenidos cuestionados, siempre que éstos fueren objetiva y ostensiblemente ilegales, nocivos u ofensivos para la persona afectada. Asimismo, se deberá en este supuesto informar a la persona afectada, la identidad y domicilio del autor de los contenidos difundidos a través del ISP; (Art. 3º) Si el ISP no cumpliera con las obligaciones impuestas en el artículo 2º será responsable directo de los daños y perjuicios materiales y morales que se ocasionaren a la persona afectada a partir de la fecha de la notificación referida en el art. 2º de la presente ley; (Art. 4º) Si recibida la notificación por parte de la persona afectada no se procediera a impedir o bloquear, en modo absoluto, cualquier tipo de acceso a los contenidos cuestionados, dicha persona afectada tendrá derecho a recurrir a la justicia para que la misma, sin más trámite, resuelva el bloqueo del acceso a los contenidos difundidos o transmitidos por el ISP.", en coincidencia con un sector de la doctrina, estimo que las normas sobre obligaciones extracontractuales previstas en el Código Civil resultan acertadas para examinar la conducta de las empresas demandadas.

Sin embargo la doctrina y jurisprudencia nacional no concurren en cuanto al factor de imputación.

Quienes propician el factor de atribución objetiva entienden que "el software y los "servicios informáticos" constituyen una "cosa riesgosa" en los términos del art. 1113, 2do. párrafo del Código Civil, por lo cual debe aplicarse el factor objetivo de atribución a los daños cometidos con los mismos. En tal entendimiento, el titular del software y/o prestador de los servicios informáticos debe responder por tales daños aunque no haya culpa de su parte, salvo que pruebe "la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (Leiva, Claudio Fabricio, "Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)", VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 9 y 10 de junio de 2005, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Expte. B - 85235/02 -ordinario por daños y perjuicios: "S.M. y L.E.M. c/ Jujuy Digital y/o JUJUY.COM y del Sr. Omar Lozano" - Cámara Civil y Comercial de Jujuy - Sala I - 30/06/2004, elDial - AA22B3).

Bustamante Alsina, al referirse al tema de la informática y a la responsabilidad civil destacó que la responsabilidad se sitúa en el ámbito extracontractual siempre que no medie un contrato destinado a la prestación de un servicio entre el operador del sistema informático obligado por un deber de seguridad de carácter objetivo, y la víctima cuya buena fe aparece violada por la indebida información.

Agrega luego: "Tratándose del ámbito extracontractual la responsabilidad sería subjetiva o sea que el factor sería la culpa o el dolo de quien opera el sistema automatizado o por cuenta de quién realiza la operación, pues por mucho que los tratamientos automatizados empleen cosas, como los ordenadores, o computadores y todos los elementos magnéticos que forman el sistema, la recolección de datos, el procesamiento de la información y el tratamiento por medios interconectados, así como los programas e instrucciones del software y su resultado o información final son obra de la voluntad y la acción del hombre. Por esto puede afirmarse que la responsabilidad se genera en el sector de la responsabilidad directa por el hecho del hombre con las cosas que le sirven de instrumentos. La culpa resulta presumida conforme a lo dispuesto en la primera parte del agregado al art. 1113 del Cód. Civil, después de la reforma de la ley 17.711 (ADLA, XXVIII-B, 1799). Si la acción fuese delegada en operadores del sistema, la responsabilidad sería del principal de acuerdo a la primera parte de aquel artículo del Código Civil y con fundamento en el factor objetivo de garantía que hace inexcusable esta responsabilidad" ("La Informática y la Responsabilidad Civil", LA LEY, 1987-B, 892) Con sustento entonces en esta distinción, que posee el aludido fundamento legal, quienes respaldan la doctrina de la "real malicia", sostienen que el factor de atribución no puede ser la culpa sino el dolo de aquel que conoció previamente la falsedad del hecho informado (CSJN, "Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros, 24/6/08, Recurso de hecho, P2297, XL)

En defensa de la tesis contraria, que comparto, se afirma que el buscador de Internet no genera, modifica ni selecciona contenidos; lejos está de la figura de "editor", por lo que las empresas sólo podrán ser responsables, en la medida en que se demuestre que hubo un obrar culposo de su parte (art. 1109 del Código Civil). (Fernández Delpech, Horacio, "Internet. Su problemática jurídica", Lexis Nexis, 2004, p. 209 y ss; Frene, Lisandro, Ob. cit.; Lorenzetti, Ricardo L., Ob. cit, págs. 285 y ss).

De tal suerte, con anterioridad al reclamo del afectado solicitando el bloqueo del contenido que lo agravia disponible en Internet, ninguna negligencia existe de parte de los "buscadores web" por lo que no cabe adjudicarles culpa por el contenido cuestionado. Contrariamente, a partir de tomar conocimiento de que contenidos de determinados sitios de Internet infringen los derechos de un sujeto y éste requiere al buscador la eliminación o bloqueo de tales páginas -no antes- de verificarse la conducta culpable de la parte demandada, ella habrá de engendrar la obligación de reparar el daño causado por violación del principio ya referido del "alterum non laedere" que el Código Civil prevé en el art.1109.

XI.- En el contexto del derecho argentino y, en particular, en el de la legislación procesal aplicable por los tribunales nacionales (art. 377), se trata precisamente de seguir lo que es norma, esto es, que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega. En el régimen jurídico de la responsabilidad civil, no se discute que cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión, y que, por lo tanto, es el actor quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia de daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo requerido para la configuración de la responsabilidad.

En relación a las pautas sentadas en el Código Procesal atinentes a la valoración de la rueba: "Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica." (art. 386). Se afirma así que el sistema que en esta materia adopta el Código es el de la apreciación libre, y al cual acuerda la particular denominación de "sana crítica" (Palacio "Derecho Procesal Civil", tomo IV, p. 414).-

Francisco Gorphe dice: "Para el juez llamado a apreciar las pruebas producidas, el método de examen es de naturaleza crítica". ("La apreciación judicial de las pruebas", Bs. As., 1967, pág. 163).

"Crítica" se conecta con "criterio", que es la actitud para llegar al conocimiento de los hechos o del acierto de los juicios. Expresan Finochietto y Arazi que las reglas de la sana crítica "se sintetizan en el examen lógico de los distintos medios y la naturaleza de la causa." ("Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Bs. As., 1983, t. 2, pág. 356).

En este aspecto, el operador jurídico debe armonizar, en un equilibrio prudente y dinámico, los tres principios en que se soporta el orden jurídico: el de legalidad, el de la seguridad jurídica y el de razonabilidad, éste último es el comodín más eficaz para no incurrir en demasías que se precipiten en la arbitrariedad (Morello, Augusto M., "El principio de la seguridad jurídica", en J.A. 1992-IV-886).

XII.- Surge del examen de la causa principal y del incidente cautelar que con fecha 30.8.2006 (v. fs. 127, expediente N° 59.090/06) y 13.9.2006 (v. fs. 105 de esta causa) que Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., tuvieron conocimiento efectivo de que a través de sus motores de búsqueda se podía acceder a determinados contenidos de sitios de terceros indexados en sus búsquedas que utilizan la imagen y/o vinculan el nombre de la actora con textos eróticos y/o pornográficos.

Como se advierte, debe dilucidarse si los empresarios de motores de búsqueda demandados, anoticiados fehacientemente de los resultados engañosos e injuriantes que perjudicaban a la actora, se encontraban en condiciones de tomar las contramedidas necesarias para evitar que éstos sigan apareciendo en sus listas. Ello así, a fin de verificar la existencia de conducta culpable que habrá de generar la obligación de reparar el daño demandado.

El sistema de determinación de la culpa que establece el Código Civil en los arts. 512 y 902, adopta el régimen de la culpa en concreto, en razón de la cual, la imputación de una conducta reprochable deberá ser el resultado de una comparación entre lo obrado por el autos del hecho y lo que habría debido obrar para actuar correctamente, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, las circunstancias de tiempo y lugar y la prudencia y conocimiento de las cosas que hacían a su condición de vehículo o cosa productora o fuente de riesgo. (C.N.A. Civil, sumario N° 2435, 3097, 1699, 1774, 1955, 5655, 5031, 5032, 4154, 99, etc.).-

Al definir el concepto de culpa, el Código Civil se refiere a la omisión de diligencias. La Real Academia Española define a la diligencia: "cuidado y actividad en ejecutar una cosa". Son sinónimos de "diligencia": cuidado, atención, esmero. En el actuar culposo hay un actuar desatento, no cuidado, imprudente. Dicen Pedro N. Cazeaux y Félix Trigo de negligencia, descuido, imprudencia, falta de precaución, cometidos sin intención. En la culpa así entendida no existe el propósito deliberado de incumplir. No se cumple simplemente por imprecisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias." ("Derecho de las Obligaciones", La Plata, 1975, t. I, pág. 260).

Expone Raymundo M. Salvat: "El Código fija sobre este punto (la culpa) dos principios de carácter eminentemente práctico y racional, dejando para la aplicación de ellos el más amplio margen a la discreción del Juez, a saber: a) debe tenerse en cuenta las diligencias, es decir, los cuidados que exigiere la naturaleza de la obligación; b) estas diligencias, estos cuidados, deben estar en relación con tres órdenes de circunstancias." Agrega que éstas son las relativas a las personas, al tiempo y al lugar ("Tratado de derecho civil argentino-Obligaciones en general", actualización de Enrique V. Galli, Bs. As., 1957, t. I, pág. 138).XIII.-

Esclarecedor resulta pues el informe que obra a fs. 631, presentado por quien fuera designado perito Licenciado Fernando Daniel Viura, y cuyos términos he de considerar a los fines probatorios de conformidad con lo previsto en el art. 477 del CPCC.. No es el caso de reiterar aquí su contenido. La lectura del dictamen estuvo al alcance de las partes.

Destacaré no obstante algunos conceptos que considero fundamentales con el fin de sustentar lo expuesto precedentemente.

Señala el profesional que "es posible realizar una búsqueda en los dos buscadores búsqueda aparezca determinada palabra. Quien gobierna la información es el buscador, de cualquier otra manera sería imposible administrar las relaciones de búsqueda a partir de conectores lógicos y/o otros operadores brindados en el afán de permitir satisfacer las necesidades del usuario. No es menos cierto que el usuario tiene posibilidades de evitar ciertas palabras a partir de la instrumentación de filtros, tal es lo que ofrece la búsqueda avanzada. (...) La facilidad de la búsqueda avanzada de Google, demuestra claramente que SI está en posición de realizar este tipo de filtrados. Ello es porque posee suficiente información del contenido de la página web. El caso de "Presencia", por analizar uno de ellos, permite aplicar los criterios de búsqueda a: "cualquier parte de la página" o "en el título de la página" o "en el contenido de la página" o "en la dirección de la página" o "en los enlaces hacia esta página". En conclusión, técnicamente, la capacidad de filtros automáticos es posible en base al funcionamiento actual del buscador y la propia demandada lo ofrece a sus usuarios. En referencia a quién determina qué palabra se desea excluir de la búsqueda "el usuario o el buscador en forma automática?, el suscripto se remite al caso Google China, donde Google expresa "lo que se ha realizado -de acuerdo con lo ordenado por el Gobierno Chino- es la no indexación de palabras clave." Por lo que se abstiene de brindar opinión de otra naturaleza." (v. fs. 636/636vta., respuesta a la pregunta 15) Indica luego en relación a quién o quiénes deciden con qué términos se describen los sitios web y en qué consisten los "meta tags", "si en su código fuente poseen vocablos que los describan es porque sus creadores lo han decidido. No todos los sitios web describen su contenido. Los "meta tags" son etiquetas HTML que pueden o no ser incorporadas en el encabezado de una página web y que resultan invisibles para un visitante normal, pero de gran utilidad para los navegadores u otros programas que puedan valerse de esta información. Su propósito es el de incluir información de referencia sobre la página: autor, título, fecha, palabras clave, descripción, etc.- Esta información puede ser utilizada por los robots de búsqueda para incluirla en las bases de datos de sus buscadores y mostrarla en el resumen de búsquedas o tenerla en cuenta durante las mismas. Los "meta tags" suelen ser utilizados por los propietarios de "web sites" para lograr que usuarios que realizan búsquedas con alguna palabra muy utilizada en Internet los encuentren más rápidamente. Muchos buscadores conocen esta "técnica" y deciden no leer "meta tags"." (v. fs. 641/641vta. respuesta a la pregunta 5).

Indica también ante la pregunta sobre qué efecto tendría un bloqueo sobre determinadas palabras que pudiera encontrar en los "meta tags", "el efecto sería no indexar los sitios web que contengan esas palabras determinadas en los "meta tags" y/o en los sitios web. La precisión del bloqueo dependerá del mecanismo utilizado para establecer el filtro. Cuanto más específico sea el filtro más preciso será el bloqueo. Para un mayor abastecimiento y un mejor proveer, informo a V.S. que ambas demandadas cuentan con la posibilidad de establecer filtros en sus búsquedas. En el caso de la codemandada Yahoo!, como fuera informado en la pericia, inclusive permite filtrar contenidos dirigidos a personas adultas." (v. fs. 642, respuesta a la pregunta 10).

Señala luego, refiriéndose al contenido dinámico de Internet que "sí sería una forma eficaz. Establecer filtros estáticos que no permitan indexar sitios que vinculen a determinadas palabras con contenidos pornográficos, eróticos o sexuales y establecer filtros que no permitan indexar imágenes de determinadas personas. La precisión de la solución va a estar dada por la precisión con que se definan los filtros." (v. fs. 644vta., respuesta a la pregunta 21)

Aclara finalmente que: "El control y selección de contenidos en modo alguno puede afectar el funcionamiento de un buscador y/o el acceso a contenidos en Internet por parte de los usuarios. De hecho, el buscador de Yahoo! permite que sus usuarios configuren filtros que permitirían seleccionar contenidos. De los términos y condiciones de uso del web site de la demandada surge que "Yahoo! no controla el contenido publicado a través del servicio y, por tal motivo, no garantiza la exactitud, integridad o calidad de

tal contenido" y que "no garantiza que (i) el servicio se ajustará a sus necesidades, (ii) el servicio será ininterrumpido, puntual, seguro o libre de error, (iii) los resultados que puedan ser obtenidos del uso del servicio sean veraces o confiables" (<http://ar.docs.yahoo.com/info/utos.html>). (v. fs. 656/656vta., respuesta a la pregunta 15)

Es cierto que la opinión vertida por el Licenciado Fernando Daniel Viura recibió pedidos de aclaraciones (v. fs. 686, 694 y 710) además de la impugnación formulada por Google Inc., (v. fs. 710). No obstante, creo necesario aclarar que su objeción debe desestimarse. En primer lugar, por cuanto carece de aval técnico al no haber sido suscripta por el consultor de parte, lo que la convierte en una mera disidencia. En segundo lugar, puesto que de las constancias de la causa no surge sustento fáctico respecto de los argumentos esbozados por el disidente.

En síntesis, el ataque no resulta suficiente para desvirtuar los dichos del experto, desde que se insiste en cuestiones que aparecen correcta y científicamente aclaradas (v. fs. 742).

Es útil recordar en tal sentido, en cuanto a tal punto concierne, que es principio aceptado por nuestros tribunales que, aún cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, si el informe comporta -como en la hipótesis- la necesidad de una apreciación específica en el campo del saber del perito -conocimiento éste ajeno al hombre de derecho- para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de sus conocimientos científicos o técnicos, de lo cual, por su profesión o título habilitante, ha de suponerse dotado.

Párrafo aparte merecen ciertos términos que integran la presentación mediante la cual Google Inc., a fs. 775, reitera aclaraciones y ratifica parcialmente la impugnación que antes había formulado.

Así, escudándose en cierta expresión referida a la respuesta 4, de fs. 269 y sin fundamento objetivo que revista seriedad, intenta echar un manto de desconfianza sobre la actuación del Licenciado Fernando Daniel Viura, so capa de una "impertinente sugerencia" y "su falta de intención de responder a lo solicitado".

Dichos comentarios implican por cierto, al carecer -como dije- de sustento alguno, sino vertidos en tanto la apreciación del perito, una actitud desacertada. La recurrente insistencia referida a la ausencia de un filtro de contenidos con suficiente precisión para eliminar los contenidos objetados por la actora, resulta por lo ya analizado y lo que diré a continuación, un tema nimio y agregaría, pueril.

En primer lugar, me remito a lo señalado por el auxiliar respecto de las tres opciones de configuración que ofrece el Filtro Safe Search de Google Inc. (v. fs. 735 vta.). En el mismo sentido, surge del alegato presentado por la parte actora (v. fs. 1223vta./1225vta.) que en la dirección electrónica www.buscadorinfantil.com, ante la pregunta "Por qué utilizar el buscador infantil?", obtenemos la siguiente respuesta:

El objetivo principal de los fundadores y creadores del buscador infantil ha sido, desde el principio, crear y desarrollar un Buscador en español totalmente seguro para los niños.

La idea era crear un buscador eficaz como GOOGLE, pero que "FILTRE", radical y automáticamente, todos los contenidos inadecuados

El equipo del B.I. hizo cálculos de los costes de este "concepto sencillo" y, lamentablemente, se dieron cuenta de que desarrollar el "buscador Infantil" requería una inversión económica extremadamente alta.

Desilusionados, no tuvieron más remedio que aparcarse el proyecto y esperar a que sucediera algún milagro...

Y el milagro sucedió. * GOOGLE les aporta recursos ilimitados y toda su tecnología para crear un buscador.

Por fin, todo estaba listo para el nacimiento de "El Buscador infantil".

Solo quedaba por resolver un gran problema; como filtrar de la red los contenidos "inapropiados" para los niños de entre 50.000.000.000 de páginas web.

¿Cómo es posible conseguirlo? Con la tecnología de GOOGLE y mucho trabajo!

Cuando introduces una palabra o frase en la cajetilla de búsqueda y presionas las teclas "buscar", el Buscador Infantil inicia una espiral vertiginosa de procesos y filtros para la gestión de la información.

* En un milisegundo, se activan 55.000 ordenadores y 100.000 procesadores que activan una búsqueda segura para los niños. * Se analizan todos los resultados posibles y se descartan automáticamente los "no adecuados"

El buscador Infantil es seguro por 2 motivos muy sencillos.

1-Solo se muestran en los resultados, páginas web revisadas previamente por humanos y no interviene ningún proceso automático en la inclusión de webs en la base de datos.

2-En la base de datos del buscador se encuentra la Blacklist: Un listado con más de 50 Billones de páginas que nunca serán mostradas en los resultados.

Como se advierte, la tecnología con que cuentan ambas demandadas basta en mi criterio para afirmar que ante la denuncia de la actora efectuada en forma fehaciente (v. fs. 1 y 105), los empresarios de motores de búsqueda se encontraban en condiciones técnicas de efectuar el control y selección de los contenidos para evitar de este modo que los resultados engañosos e injuriantes continúen apareciendo en sus listas; sin que se haya probado que ello afecte el sistema de un buscador y/o el acceso a contenidos de Internet por parte de los usuarios.

En cuanto al argumento de las demandadas referido a la inexistencia de conocimiento acerca del contenido agravante o ilícito de los sitios cuestionados, el art. 929 del Código Civil expresamente establece que el error de hecho no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de cosas proviene de una negligencia culpable.

En el caso de autos se ha dado la negligencia culpable referida en la norma. En este aspecto, la doctrina ha hecho hincapié en la culpa o negligencia como elemento decisivo para establecer si se ha errado excusablemente o no. Se trata de saber si el agente ha procedido con la debida diligencia para informarse de aquello que ignoraba o para verificar si era exacta la noción que tenía de los hechos (Santos Cifuentes, com. Art. 929, en Código Civil y leyes complementarias, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, T 4, pág. 208).

La conducta en que incurrieron Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia (v. notificación de fs. 127 del incidente cautelar y audiencia de mediación de fs. 105 de esta causa), no es menor como parece entenderlo esa parte y no es excusable.

Si bien dichas empresas son proveedoras de herramientas de búsqueda -no de contenidos- advertidas por la afectada de que su sistema proveía en la lista de resultados hipervínculos a sitios de terceros que infringían los derechos a la intimidad y al respeto de los datos personales de la reclamante, por contar, como vimos, con todos los medios técnicos a su alcance, debieron sin demora proceder a impedir o bloquear cualquier tipo de acceso a los contenidos cuestionados, como finalmente lo hizo Yahoo! de Argentina S.R.L..

Tal comportamiento de las co-demandadas se debió entonces, utilizando las palabras de la ley, a una negligencia culpable, la cual en el caso de Google Inc., a no dudarlo ha expandido sus efectos hasta el presente.

No se diga que esta conclusión vulnera la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión del servicio de Internet prevista a través del decreto 1279/97 y de la ley 26.032, pues como ha dicho la Corte Suprema en un importante precedente aplicable analógicamente: "... la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los cuales se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (art. 14 y 33 de la Constitución Nacional)." (causa Campillay, Julio C. c. Diario La Razón y otros, Fallos 308:789 y La Ley 1986-C406).

Ante tanta resistencia me pregunto qué suerte habría tenido el reclamo de la actora en caso de utilizar el procedimiento diseñado por los buscadores demandados para recibir notificaciones de abusos de sus sistemas en las direcciones

<http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?&answer=164734> y

<http://help.yahoo.com/l/ar/yahoo/search/search/deletions/>.

Así, la conducta culpable de las demandadas, nacida -reitero- a partir de la notificación fehaciente de la afectación a los derechos personalísimos de la actora, engendra la obligación de reparar el daño causado. Tienen pues responsabilidad directa por violación al principio legal del "alterum non laedere" que el Código Civil prevé en el art. 1109, debiendo responder por las consecuencias dañosas, en tanto medie adecuado nexo de causalidad entre ésta y los daños probados (cfr. arts. 901, 905, 906, 1067, 1068, 1069 y cc del Código Civil).

En mérito a lo decidido precedentemente, se transforme en definitiva la medida provisoria dispuesta en la causa N°59.090/06 sobre medidas precautorias, condeno a las demandadas a eliminar las vinculaciones del nombre, imagen, y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de los buscadores www.google.com.ar y www.yahoo.com.ar. XIII.- Sentadas tales premisas, corresponde seguidamente analizar los diversos rubros reclamados por la actora:

DAÑO MORAL

El daño moral no es sino la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (conf. Bustamante Alsina, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil", ed. Abeledo-Perrot, 4ta. Edición, número 557, pág. 205), comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o del goce de sus bienes (conf. Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, pág. 287)

Su reparación está determinada por imperio del art. 1078 del Código Civil, que con independencia de lo establecido por el art. 1068 del mismo cuerpo legal, impone al autor del hecho ilícito la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia. Lo que define el daño moral -se señala en la doctrina- no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico (conf. Zannoni, Eduardo, Ob. cit., pág. 290). El carácter estrictamente personal de los bienes lesionados al producirse un daño moral, está indicando por sí la imposibilidad de establecer una tasación general de los agravios de tal especie.

En relación a las pautas para la valuación del perjuicio, se ha sostenido que: "En cuanto a la naturaleza espiritual y personal de los bienes afectados por el daño moral implica que su traducción económica deviene sumamente dificultosa, no resultando pauta ajena al mismo la gravedad objetiva del daño y la recepción subjetiva de éste. En este mismo orden de ideas, se ha señalado en la doctrina que: "El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima (Zavala de González, Matilde, Ob. cit., pág. 548).

En tal sentido, la jurisprudencia y la doctrina resultan coincidentes en afirmar que el agraviado está dispensado de producir la prueba del daño cuando tratándose del daño moral, por su propia índole, queda establecido por la sola realización del hecho dañoso que comporta la presunción de la lesión en los sentimientos (Orgaz, "El daño resarcible, pág. 259, núm. 66; Llambías, Código Civil Anotado, com. Art. 1078, pág. 328). En todo caso, es a los responsables del hecho dañoso a quienes incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad del daño moral (conf. CNCiv. Sala F, L 287.483, mayo 10-1983).

En consecuencia, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y sus derivaciones respecto de la accionante, en particular el desconocimiento de sus derechos personalísimos, el medio empleado, el grado de difusión alcanzado, la actividad de la actora y el ámbito profesional donde se desenvuelve, corresponde acceder al rubro bajo examen hasta el importe de pesos ciento veinte mil (\$120.000) (conf. Art. 165 del CPCC).

De la aludida suma, pesos veinte mil (\$20.000) serán a cargo de la co-demandada Yahoo! de Argentina S.R.L., ateniéndome a la conducta que le cupo en el pleito respecto del hecho lesivo y de sus repercusiones (v. fs. 329/330 y fs. 336/337 del expediente N° 59.090/06 y fs. 1301/vta. de esta causa), destacando asimismo la decisión de la empresa de no informar página alguna cuando el patrón de búsqueda sea "Rodríguez María Belén" o "María Belén Rodríguez".

DAÑO MATERIAL

De conformidad con lo preceptuado por el art. 1068 del Código Civil: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades." En efecto, el precepto define el daño patrimonial como "un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria", clasificándolo en "directo" (ocasionado en las cosas de dominio o posesión de la víctima), e "indirecto" (generado por el mal hecho a su persona, derechos o facultades) ("Código Civil", Bueres-Highton, Ed. Hammurabi, T. 3A, pág. 99).

Enseña Llambías, que sea en área contractual o extracontractual es menester que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el hecho del autor y el daño sufrido por quien pretende su reparación ("Tratado...", "Obligaciones", T. II, pág. 713). El mismo autor manifiesta que el Juez "comenzará por establecer si el daño probado por el demandante reconoce su causa eficiente en el hecho imputado al responsable...", si así fuera tendrá por existente un nexo de causalidad material entre el hecho del responsable y el daño producido..." y todavía se requiere que ese nexo de causalidad material sea asimismo jurídicamente relevante, es decir, que encuadre en alguno de los tipos de causalidad que la ley tome en cuenta en la teoría de la responsabilidad (id., pág. 345).

La admisión de la responsabilidad por actos ilícitos no significa de por sí la posibilidad de imputarle los daños que ha sufrido la víctima, ya que es necesario demostrar la concurrencia de requisitos ineludibles a saber, la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa y relevante entre el actuar del sujeto y el daño cuya reparación se persigue, y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada.

Como se advierte la actora solicita que se le otorgue, en razón del uso indebido de su imagen, una indemnización en concepto de daño material acorde a su trayectoria en el mundo de la moda, la publicidad y el espectáculo. Según lo entiende, las accionadas se vieron beneficiadas con las fotografías de su parte por la retransmisión en los buscadores de imágenes que poseen sin haber contado, como lo exige la norma contenida en el art. 31 de la ley 11.723, con el consentimiento de su parte.

Examinada la prueba, cabe destacar que la afirmación relativa al potencial lucrativo que tiene la imagen de las personas que han cobrado cierta notoriedad no conforma un activo patrimonial que se pierda o desmerezca porque se la utilice en forma no autorizada. No obstante lo esencial a los efectos de la viabilidad de este reclamo es acreditar que la conducta de los empresarios de motores de búsqueda demandados haya importado un uso comercial de la imagen de María Belén Rodríguez.

Ante la ausencia de prueba en relación a ello, corresponde desestimar el rubro reclamado.

XIV.- Respecto de los intereses, si bien en anteriores ocasiones sostuve que los mismos debían liquidarse conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios", del 20 de abril de 2009) desde la fecha del perjuicio y hasta el efectivo pago, un reexamen del tema me persuade de la necesidad de modificar dicho criterio.

Así, las sumas que se mandan pagar devengarán un interés del 8% anual a partir de la notificación efectiva de la ilicitud -30.8.06 para Google Inc., y 13.9.06 para Yahoo! de Argentina S.R.L.- hasta el dictado del presente decisorio y desde allí en más y hasta el efectivo pago la tasa activa fijada en el plenario citado. Es que los montos indemnizatorios han sido fijados a valores actuales y la aplicación de la tasa activa desde el origen de la mora implicaría una alteración del significado económico del capital de condena, configurando un enriquecimiento indebido.

XV.- En cuanto a las costas del juicio, corresponde imponerlas a las accionadas vencidos, por no existir mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota legislado por el art. 68 del CPCC. Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, juzgando en definitiva,

FALLO:

I) Haciendo parcialmente lugar a la demanda promovida por MARIA BELEN RODRIGUEZ hasta la suma de PESOS CIENTO VEINTE MIL (\$120.000), de los cuales condeno a GOOGLE INC., al pago de pesos cien mil (\$100.000) y a YAHOO! DE ARGENTINA S.R.L., al pago de pesos veinte mil (\$20.000) con más los intereses y las costas en los términos que resultan de los considerandos, dentro del término de diez días, bajo apercibimiento de ejecución;

II) Dispongo la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen, y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de los buscadores www.google.com.ar y www.yahoo.com.ar.

III) En atención a la calidad, extensión y eficacia de la labor desarrollada, regulo los honorarios del Dr. Adolfo Martín Leguizamón Peña, letrado patrocinante de la parte actora, en la suma de pesos veinticuatro mil (\$24.000); los de los Dres. Juan Pablo Bonfico, María Eugenia Videla y Mariano F. Grondona, letrados apoderados los dos primeros y patrocinante el último de la co-demandada Google Inc., en forma conjunta, en la suma de pesos once mil (\$11.000); los de los Dres. Rodrigo Cruces, Jacqueline Berzón, María Marra, María Carolina Abdelnabe Vila, Flavia Vanesa Bevilacqua y Marianela Benavides, letrados apoderados los cinco primeros y patrocinante la última de la co-demandada Yahoo! de Argentina S.R.L., en forma conjunta, en la suma de pesos once mil (\$11.000); los del perito interviniente Licenciado Fernando Daniel Viura, en la suma de pesos seis mil (\$6.000); los del consultor técnico de la parte actora Ingeniero Daniel Edgardo Cortés, en la suma de pesos setecientos (\$700) (conf. arts. 505 del Cód. Civil y 1, 3, 6, 7, 9, 10, 19, 37, 38 y 49 de la ley 21.839 y las modificaciones previstas en la ley 24.432) y los del mediador interviniente Dr. Pablo Tomás Mayorga en la suma de pesos un mil doscientos (\$1.200) (art. 21 de la Ley 24.573 y Dec. reglamentario N° 1465/07); importes que deberán abonarse dentro del plazo de diez días de quedar firme la presente, bajo apercibimiento de ejecución.

Cópiese, regístrese, notifíquese mediante cédulas que serán confeccionadas por Secretaría, y oportunamente, ARCHIVESE. Firma: DRA.NORA GONZALEZ DE ROSSELLO (JUEZ) Fecha Firma: 04/03/2010