

INTERNET Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LA RESPONSABILIDAD DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA

Por el Dr. Juan Santiago Ylarri¹

El presente trabajo se difunde con la autorización expresa de su autor sin fines comerciales. Fue publicado anteriormente en Cuadernos Manuel Giménez Abad, ISSN: 2254-4445, N° 24, España, diciembre 2022, págs. 121-131.

SUMARIO

I. Introducción	02
II. Los derechos en juego	02
III. La responsabilidad de los buscadores de internet	04
IV. La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina	07
V. En búsqueda del «equilibrio»	10
VI. La necesidad de una ley en argentina que regule la cuestión	11
VII. Conclusiones	12
Referencias bibliográficas	13
Jurisprudencia	15

RESUMEN

La libertad de expresión y, comprendido dentro de ésta, el derecho a buscar, recibir y difundir información, se ha ampliado notablemente con la aparición de Internet. Sin embargo, existen casos en que este derecho puede entrar en colisión con otros, como el derecho a la intimidad, el honor y a la imagen. El presente trabajo tiene por objeto analizar la responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet por contenidos que le son ajenos, así como determinar si los buscadores deberían realizar un monitoreo de los contenidos. Se estudiará el caso argentino y especialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la cuestión. Finalmente, se propondrán ciertos estándares que se deberían tener en cuenta para lograr una adecuada protección de los derechos fundamentales en esta temática.

1. Doctor en Derecho Constitucional y Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires)

ABSTRACT

Freedom of expression, including the right to seek, receive and impart information, has expanded considerably with the advent of the Internet. However, there are cases in which this right may collide with others, such as the right to privacy, honour and image. The aim of this paper is to analyse the liability of Internet search engines for content that is not theirs, as well as to determine whether search engines should monitor content. The Argentinean case will be studied, especially the jurisprudence of the Supreme Court on the issue. Finally, certain standards that should be taken into account in order to achieve adequate protection of fundamental rights in this area will be proposed.

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión y, comprendido dentro de ésta, el derecho a buscar, recibir y difundir información, se ha ampliado notablemente con la aparición de Internet. Ahora bien, existen casos en que este derecho puede entrar en colisión con otros, como el derecho a la intimidad, el honor y a la imagen. El presente trabajo tiene por objeto analizar la responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet por contenidos que le son ajenos, así como determinar si los buscadores deberían realizar un monitoreo de los contenidos. La cuestión se abordará a la luz del caso argentino, en el que se estudiará la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el asunto y se propondrán ciertos estándares que se deberían tener en cuenta para lograr una adecuada protección de los derechos fundamentales en la cuestión analizada.

II. LOS DERECHOS EN JUEGO

La libertad de expresión se encuentra reconocida por la Constitución Argentina en los arts. 14 y 32, los cuales si bien se refieren específicamente a la libertad de prensa e imprenta, protegen a la libertad de expresión en todas sus formas. Este derecho no sólo tiene reconocimiento constitucional, sino que también se encuentra protegido en otros instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, como el art. 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. La importancia de este

derecho, está dado en que es uno de los derechos que privilegian la promoción de la democracia, siendo un elemento esencial de ésta (**Úbeda de Torres, 2007: 498-499**).

Asimismo, cabe señalar que desde la aparición de internet, el derecho a la libertad de expresión se ha ampliado notablemente. En esta línea, a nivel nacional la Ley 26.032², de 2005, estableció que «[1]a 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». Ahora bien, cabe destacar que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet depende, en gran medida, de un amplio espectro de actores, principalmente privados, que actúan como intermediarios. Estos, brindan servicios tales como el acceso y la interconexión, la transmisión, procesamiento y encaminamiento del tráfico, el alojamiento de material publicado por terceros y el acceso a este, la referencia a contenidos o la búsqueda de materiales en la red, la realización de transacciones financieras, y la conexión entre usuarios a través de plataformas de redes sociales, entre otros. Existe una gran cantidad de intermediarios y distintas maneras de clasificarlos. La importancia de los motores de búsqueda no es menor. En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que es pacífico que la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de datos personales en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos³.

Por otro lado, cabe destacar que en muchas ocasiones puede llegar a vulnerarse el derecho a la imagen, el cual integra el derecho a la privacidad reconocido en el art. 19 de la Constitución Argentina. Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas

2. Boletín Oficial de la República Argentina, 30/5/2005.

3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, «Google Spain, S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González», 13/5/2014, asunto C 131/12, párr. 36. Con relación a este caso, ver el análisis de Rallo Lombarte, 2014.

decisiones no violen derechos de terceros⁴. A su vez, no puede dejar de mencionarse el derecho al honor –derecho fundamental, inherente a la persona humana, como ha señalado la Corte Suprema en el precedente «Mazza»⁵– el cual tiene reconocimiento constitucional en el art. 33, como derecho implícito. También, se encuentra protegido en tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional desde su reforma en 1994, que a su vez también lo contemplan como una restricción legítima al ejercicio de otro derecho fundamental como la libertad de expresión, en particular, los arts. 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica; 17 y 19.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; V y XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET

Ahora bien, ¿en qué medida pueden estos motores de búsqueda ser responsables por los servicios que prestan? En ciertas ocasiones podría ocurrir que el contenido de una página web ocasione una lesión al honor o a la imagen de una persona y que, precisamente, los motores de búsqueda hayan servido de medio para acceder a aquel contenido.

De modo general, acerca de la responsabilidad de los motores de búsqueda de internet, se han planteado distintas analogías. Los buscadores de internet son meros intermediarios, por lo tanto, ¿correspondería responsabilizarlos por contenidos existentes en la web que no han creado? Por ejemplo, un tribunal inglés indicó que si se pretendiera responsabilizar a los buscadores por contenidos que no han creado, equivaldría a sancionar a la biblioteca por el contenido de un libro al que se ha accedido a través de los ficheros y catálogos de la biblioteca⁶. También, la Corte Suprema argentina ha utilizado la comparación de que si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita que, por hipótesis, debe ser condenada, no por eso podría sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el argumento de que hizo más fácil la llegada a

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) [CSJN], «Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ Daños y perjuicios», 28/10/2014, Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia [Fallos]: 337:1174, considerando 13.

5. CSJN, «Mazza Valeria Raquel c/ Yahoo SRL Argentina y otro s/ Daños y perjuicios», 24/6/2021, Fallos: 344:1481.

6. Reales Tribunales de Justicia, Tribunal de Apelaciones, *Queen's Bench Division*, «Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.», 16/7/2009, (2009) EWHC 1765 (QB), párr. 52 y ss.

aqué¹⁷. Asimismo, se ha manifestado que responsabilizar a un intermediario en el contexto de una red abierta, plural, universalmente accesible y expansiva, sería tanto como responsabilizar a las compañías de teléfono por las amenazas que por vía telefónica una persona profiere a otra causándole con ello incertidumbre y dolor extremo (Organización de los Estados Americanos, 2013: párr. 97). Así las cosas, como bien señaló el tribunal inglés mencionado, si bien no siempre acudir a una analogía es de ayuda, sí puede ser útil cuando el derecho tiene que ser aplicado a conceptos nuevos y que no son familiares, como es el caso.

Ahora bien, existen diversos modos en que puede regularse la responsabilidad de los intermediarios. La inmunidad absoluta, la responsabilidad objetiva, la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad condicionada. A estos dos últimos, por las razones que más adelante expreso, los trataré de modo conjunto.

(i) Inmunidad absoluta: Este tipo de modelo de responsabilidad supone que ningún intermediario sería responsable por ningún tipo de contenido ilegal publicado o compartido por las personas a través de su servicio (Ferrari y Schnidrig, 2015). Este sistema pareciera que protege prácticamente de un modo absoluto la libertad de expresión, pero olvida otros derechos protegidos tanto constitucionalmente como en normas internacionales, tales como el derecho a la privacidad, a la imagen o al honor (Dawn, 2012: 13-14).

(ii) Responsabilidad objetiva: En la vereda contraria al sistema de inmunidad absoluta, se ubica el modelo de responsabilidad objetiva. Este sistema de responsabilidad supone que los motores de búsqueda siempre son responsables por los contenidos alojados en internet, aun cuando no tengan conocimiento de que el contenido es ideal, o aun cuando no sepan que el contenido existe. De este modo, la única forma de que el intermediario se libere de responsabilidad es monitorear o bloquear el contenido que considere nocivo. Aun así, será responsable por el contenido ilícito que haya pasado por alto (Mackinnon *et al.*, 2014: 40). Este sistema se encuentra en países como China, Tailandia y Turquía⁸. Este modelo es claramente violatorio a la libertad de expresión, debido a que

7. CSJN, «Rodríguez, María Belén», 28/10/2014, Fallos: 337:1174, considerando 16.

8. Al respecto, ver Center for Democracy and Technology, 2012: 14 y ss; y Organización de las Naciones Unidas, 2011: párr. 39.

obliga al intermediario a decidir sobre la legalidad de los contenidos, ya que al ser responsable por los contenidos de terceros, tenderá a filtrar y bloquear cualquier contenido que considere que eventualmente podría hacerlo responsable (Ferrari y Schnidrig, 2015: 4).

(iii) Responsabilidad condicionada y responsabilidad subjetiva: Si bien hay autores que tratan a estos sistemas conjuntamente o de modo separado, estimo que se trata de un mismo modelo (Ylarri, 2018). En efecto, cuando se juzga la responsabilidad de los motores de búsqueda teniendo en cuenta una responsabilidad de tipo subjetivo, se tiene en cuenta el elemento culpa. Precisamente, la culpa puede determinarse cuando el intermediario no cumple con ciertos requisitos o condiciones. De modo particular, se destacan dos variantes de la responsabilidad condicionada: el modelo «*notice and take down*» («notificación y retirada») y el modelo «*notice and notice*» («notificación y notificación»)⁹. El primero de ellos, «*notice and take down*», implica que para que el motor de búsqueda se exima de responsabilidad, debe remover los contenidos respecto de los cuales un tercero alegue su supuesta ilicitud. Según el régimen jurídico de que se trate, se exige que aquel tercero sea una persona más o menos calificada (Organización de los Estados Americanos, 2013: párr. 104)¹⁰. El segundo de ellos, «*notice and notice*», supone que el intermediario notifique al autor de cualquier denuncia recibida respecto a sus contenidos (Organización de los Estados Americanos, 2017: párr. 108). Este modelo de responsabilidad de intermediarios no impone un deber de monitoreo o filtrado de contenidos en forma proactiva, tal como sí lo hace el régimen de responsabilidad objetiva ya analizado. Sin embargo, estos sistemas no siempre respetan el derecho al debido proceso y garantías mínimas, en tanto trasladan al intermediario la responsabilidad estatal de analizar y decidir sobre la licitud o ilicitud del contenido sujeto a remoción (Organización de los Estados Americanos, 2017: párr. 109).

9. Con relación a estos modelos, ver Mackinnon *et al.*, 2014: 40 y ss.; y Ferrari y Schnidrig, 2015: 4 y ss.).

10. En efecto, allí se indica que, en algunos casos, la imposición de responsabilidad a los intermediarios tiene como supuesto que la «noticia» o notificación provenga de sujetos especialmente calificados (como el alegado titular de los derechos de autor) o que contenga ciertos elementos sustantivos distintos a la simple afirmación de la legalidad del contenido, como el conocimiento efectivo sobre la ilicitud del material o de la actividad para la cual el material es utilizado.

IV. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Sobre el aspecto que estoy analizando resultan de especial interés tres precedentes de la Corte Suprema sobre la materia. El primero de ellos es «Rodríguez» del año 2014. El segundo, «Gimbutas»¹¹ de 2017, en el cual el máximo tribunal confirmó la doctrina sentada en el caso «Rodríguez» con una composición parcialmente distinta, y en los cuales se incorporaron algunos elementos nuevos al debate objeto de la Comunicación. Finalmente, cabe mencionar el precedente «Mazza», de 2021, el cual se remite a los dos casos citados. Todos los supuestos mencionados tratan de demandas contra buscadores de internet promovidas por modelos, por haberse utilizado, comercialmente y sin autorización, su imagen, vinculándola a sitios eróticos y/o pornográficos.

En el caso «Rodríguez», la Corte Suprema, en primer lugar, desestimó utilizar en los casos en que se debate la responsabilidad civil de los motores de búsqueda un modelo de responsabilidad objetiva, toda vez que se afectaría la libertad de expresión. Concretamente, el máximo tribunal sostuvo que «[l]a libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que –por definición– prescinde de toda idea de culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquél a quien se endilga responsabilidad»¹². Es por ello que la Corte Suprema consideró adecuado juzgar la responsabilidad de los motores de búsqueda teniendo en cuenta la responsabilidad subjetiva, es decir, cuando exista culpa.

Ahora bien, ¿en qué supuesto se configura la «culpa» del buscador por un contenido que le es ajeno? A fin de dar respuesta a este cuestionamiento, la Corte Suprema ha señalado que cobra especial importancia la idea del «efectivo conocimiento», es decir, que el motor de búsqueda puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno, cuando «haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente». Así, «[a] partir del momento del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web, la “ajenidad” del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa»¹³.

11. CSJN, «Gimbutas, Carolina V. c/ Google Inc. s/ Daños y perjuicios», 12/9/2017, Fallos: 340:1236.

12. CSJN, «Rodríguez, María Belén», 28/10/2014, Fallos: 337:1174, considerando 16, *in fine*.

13. CSJN, «Rodríguez, María Belén», 28/10/2014, Fallos: 337:1174, considerando 17. En efecto, como ya lo había

En el caso particular de María Belén Rodríguez la Corte Suprema rechazó la demanda en este aspecto, teniendo en cuenta que el tribunal de la anterior instancia había decidido que no había mediado culpa del motor de búsqueda, y que aquella cuestión no había sido puesta en tela de juicio ante la Corte Suprema. Sin embargo, el máximo tribunal, a modo de *obiter dictum*, realizó una serie de consideraciones sobre el concepto de «efectivo conocimiento» a fin de ser tenido en cuenta en casos posteriores, y teniendo en cuenta que no existe regulación legal al respecto. A la hora de analizar estas cuestiones, la Corte Suprema distinguió dos casos que son regidos por diferentes reglas. Por un lado, destacó los casos en que el daño es «manifiesto y grosero». Por el otro, distinguió los supuestos en que el caso a dirimir es «opinable, dudoso o exige un esclarecimiento»¹⁴.

Respecto del primer caso, el máximo tribunal realizó una enumeración no taxativa de casos en los que son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos. Por ejemplo, citó los casos de la «pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual». Con relación a estos casos, el máximo tribunal aclaró que la naturaleza ilícita, sea civil o penal, de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento.

sostenido la doctrina «los servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, no son responsables por dirigir a sus usuarios hacia 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 tomen conocimiento tomen medidas para suprimir el enlace» (López Herrera, 2006: 801).

14. CSJN, «Rodríguez, María Belén», 28/10/2014, Fallos: 337:1174, considerando 18.

Con relación al segundo supuesto, cuando ese trata de un caso opinable o dudoso, es decir, que el contenido dañoso podría eventualmente afectar al derecho al honor o derechos de otra naturaleza, la Corte Suprema expresó que la determinación de la afectación de un derecho debe debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa. Por lo tanto, indicó que no puede exigirse al motor de búsqueda «que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces». Por lo tanto, la Corte Suprema estimó que en aquellos casos «corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada»

Tiempo después, en el precedente «Gimbutas», la mayoría de la Corte Suprema con una composición parcialmente distinta, reiteró la doctrina sentada en el caso «Rodríguez» con relación a la naturaleza y alcance de la responsabilidad de los motores de búsqueda¹⁵. En efecto, recordó que en el tema que se analiza «adquiere especial trascendencia el concepto de “efectivo conocimiento”, en la medida en que constituye *prima facie* el punto de partida de la gestación de la obligación de responder por parte de los motores de búsqueda». De este modo, «solo habrá responsabilidad cuando los motores de búsqueda tomen efectivo conocimiento de que las vinculaciones a contenidos de terceros lesionan derechos personalísimos de un sujeto y no adopten medidas que, dentro de las posibilidades que ofrece el sistema, eliminen o bloqueen los enlaces pertinentes»¹⁶.

Sobre este punto, el voto en disidencia parcial de los jueces Lorenzetti y Maqueda se mostró coincidente. Así, luego de descartar que pueda atribuirse responsabilidad objetiva a los motores de búsqueda, en líneas generales entendieron que «la actividad de los buscadores de internet, consistente en indexar y facilitar enlaces a contenidos de terceros, constituye un ejercicio regular de la libertad de expresión que no origina responsabilidad civil», excepto en ciertos supuestos¹⁷. En primer lugar, señalaron que corresponde imputar responsabilidad a la actividad

15. La mayoría del caso está compuesta por la ministra Highton de Nolasco y por los ministros Rosatti y Rosenkrantz. Este último, a su vez, amplió fundamentos. La disidencia parcial, al igual que el caso «Rodríguez», está conformada por los ministros Lorenzetti y Maqueda

16. CSJN, «Gimbutas, Carolina V.», 12/9/2017, Fallos: 340:1236, considerando 4.

17. CSJN, «Gimbutas, Carolina V.», 12/9/2017, Fallos: 340:1236, voto de los ministros Lorenzetti y Maqueda, considerando 24.

desplegada por los motores de búsqueda «cuando, con relación al material o a la información provenientes de terceros que han sido indexados y ofrecidos a los usuarios, toma un conocimiento efectivo de que está causando un perjuicio individualizado y, no obstante ello, no adopta las medidas necesarias como para corregir o hacer cesar dicha situación lesiva de la esfera jurídica ajena», excepto que el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulte una palmaria ilicitud, como por ejemplo, la incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil¹⁸. Según el voto en disidencia parcial, el segundo supuesto de actuación ilícita del motor de búsqueda se configura cuando la actividad de empresas que explotan los motores de búsqueda en internet, se aparte de la mera intermediación de los contenidos y asume, mediante diversas modalidades posibles, una actuación activa con respecto a ellos, como por ejemplo, cuando apartándose de la actividad de mero «enlace» con los contenidos de terceros, procede a editarlos, modificarlos, o directamente a crearlos¹⁹.

V. EN BÚSQUEDA DEL «EQUILIBRIO»

A fin de lograr un adecuado equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad y al honor, estimo que de ningún modo podría dejarse librado a intermediarios, entre ellos, a los motores de búsqueda, a realizar un monitoreo de los contenidos alojados en internet y que puedan por sí eliminar las vinculaciones a aquellos contenidos. Ello, con excepción de ciertos supuestos que analizaré más adelante. Por el contrario, considero que resultaría necesaria la intervención judicial previa a los efectos de eliminar las vinculaciones a un contenido que se considere dañoso, ya que los jueces son los que tienen la competencia y los que se encuentran capacitados, en un caso concreto, a establecer si debe prevalecer la libertad de expresión o si, por el contrario, se afecta el derecho a la privacidad y al honor. La Relatoría Especial de la ONU, a fin de evitar infringir el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad de los usuarios de internet, recomienda que los intermediarios sólo implementen restricciones a aquellos derechos luego de la intervención judicial (Organización de las Naciones

18. CSJN, «Gimbutas, Carolina V.», 12/9/2017, Fallos: 340:1236, voto de los ministros Lorenzetti y Maqueda, considerandos 20 y 21.

19. CSJN, «Gimbutas, Carolina V.», 12/9/2017, Fallos: 340:1236, voto de los ministros Lorenzetti y Maqueda, considerando 22.

Unidas, 2011: párr. 47)²⁰. En igual sentido, en los Principios de Manila se expresa que «[n]o debe requerirse la restricción de contenidos sin una orden emitida por una autoridad judicial». En efecto se estipula que «[l]os intermediarios no deben ser obligados a restringir contenidos a menos que una orden emitida por una autoridad judicial independiente e imparcial haya determinado que el contenido en cuestión es ilícito»²¹.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que no necesariamente todas las cuestiones debieran resolverse en sede judicial. Podrían preverse excepciones concretas y justificadas a esta regla general de manda judicial, implementando un sistema de comunicaciones extrajudiciales que no afecte los derechos que se pretende tutelar (Carestia, 2016: 94). En esa línea, la Corte Suprema en el precedente «Rodríguez», a modo de *obiter dictum*, ha establecido una serie de excepciones en que determinadas ilicitudes serían tan manifiestas y groseras que admitirían la simple comunicación fehaciente al interesado²².

VI. LA NECESIDAD DE UNA LEY EN ARGENTINA QUE REGULE LA CUESTIÓN

Finalmente, considero que resulta fundamental que exista una regulación legislativa sobre la cuestión, en la que se establezcan los principios así como procedimientos específicos para dar certeza a la cuestión aquí abordada. En efecto, en la actualidad, no hay una norma que regule en Argentina la responsabilidad de los intermediarios y, en particular, de los motores de búsqueda. Si bien el día 2/11/2016 el Senado de la Nación dio media sanción a un proyecto de ley que regula a los proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos alojados en Internet, el mismo nunca fue aprobado por la Cámara de Diputados²³.

20. A su vez, recomendó a los intermediarios lo siguiente: “(...) be transparent to the user involved about measures taken, and where applicable to the wider public; provide, if possible, forewarning to users before the implementation of restrictive measures; and minimize the impact of restrictions strictly to the content involved. Finally, there must be effective remedies for affected users, including the possibility of appeal through the procedures provided by the intermediary and by a competent judicial authority”.

21. Art. II, inc. a). a su vez, en el inc. b) del mencionado principio se consignó el contenido que debería tener la orden de restricción. Es el siguiente: «1. Explicitar la determinación de que el contenido es ilícito en la jurisdicción. 2. Indicar el identificador de Internet y la descripción del contenido ilícito. 3. Proporcionar evidencia suficiente para documentar el sustento legal de la orden. 4. De ser aplicable, indicar el período de tiempo durante el cual el contenido debería ser restringido».

22. CSJN, «Rodríguez, María Belén», 28/10/2014, Fallos: 337:1174, considerando 18.

23. El proyecto de ley que cuenta con media sanción unificó los proyectos presentados por la senadora Liliana

Sin embargo, es importante poner de relieve que la legislación sobre Internet no debe incluir definiciones amplias y vagas, ni afectar de manera desproporcionada a sitios web y servicios legítimos (Organización de las Naciones Unidas y Organización de los Estados Americanos, 2012). Así las cosas, deben establecerse ciertas condiciones para que sea válida una medida que pueda afectar el ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet. Se requiere cumplir el test tripartito de legalidad, necesidad y proporcionalidad (Organización de los Estados Americanos, 2017: párr. 104). Es decir, que la restricción debe estar prevista por la ley en los términos más claros y precisos posible, debe perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesaria para alcanzar dicha finalidad (Organización de los Estados Americanos, 2013: párr. 122).

VII. CONCLUSIONES

En definitiva, las conclusiones del presente trabajo pueden sintetizarse en las siguientes:

(i) En el análisis de la responsabilidad de los motores de búsqueda de Internet por contenidos que le son ajenos, pueden entrar en colisión la libertad de expresión, que comprende el derecho a buscar, recibir y difundir información, con el derecho a la intimidad, el honor y a la imagen.

(ii) Existen diversos modos en que puede regularse la responsabilidad de los intermediarios: la inmunidad absoluta, la responsabilidad objetiva, y la responsabilidad subjetiva y condicionada. Corresponde desestimar los primeros dos modelos, pues el primero implica desconocer el derecho a la intimidad al honor y a la imagen, mientras que el segundo resulta claramente violatorio a la libertad de expresión. La regulación más adecuada para el sistema de derechos es establecer un sistema de tipo subjetivo. En este sentido, juzgo adecuada la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema argentina en cuanto desestimó utilizar, en los casos en que se debate la responsabilidad civil de los motores de búsqueda, un modelo de responsabilidad objetiva y resolvió los casos sometidos a su decisión teniendo en cuenta la responsabilidad subjetiva, es decir, cuando exista culpa.

Fellner (expediente N° S-1865/15), y el senador Federico Pinedo (expediente N° S-942/16).

(iii) Coincido con la Corte Suprema en cuanto sostuvo que el motor de búsqueda puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno, cuando haya tomado «efectivo conocimiento» de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente. A su vez, es adecuada la distinción de los casos en que el daño es «manifiesto y grosero», de los supuestos en los que el caso a dirimir es «opinable, dudoso o exige un esclarecimiento». En este segundo supuesto, siempre resultará necesaria la intervención judicial previa a los efectos de eliminar las vinculaciones a un contenido que se considere dañoso, ya que los jueces son los que tienen la competencia y los que se encuentran capacitados, en un caso concreto, a establecer si debe prevalecer la libertad de expresión o si, por el contrario, se afecta el derecho a la privacidad y al honor.

(iv) Resulta de suma urgencia que el Congreso de la Nación legisle sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda, de modo tal de establecer los principios así como procedimientos específicos que regulen la cuestión, a efectos de lograr certeza y una adecuada protección de los derechos fundamentales en juego.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Center for Democracy and Technology (2012). *Shielding the Messengers: Protecting Platforms for Expression and Innovation*. Washington: Center for Democracy and Technology. Disponible en: www.cdt.org/files/pdfs/CDT-Intermediary-Liability-2012.pdf.
- Carestia, F. S. (2016). La responsabilidad de los buscadores de internet. La necesidad de generar un esquema de incentivos adecuado. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, 3, 73-95.
- Dawn, C. N. (2012). Preservar la libertad en Internet en las Américas. En E. A. Bertoni (comp.). *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina* (pp. 11-44). Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Ferrari, V. y Schnidrig, D. (2015). Responsabilidad de intermediarios y derecho al olvido aportes para la discusión legislativa en argentina. *Policy Paper, Centro de*

Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Disponible en: http://www.palermo.edu/cele/pdf/Policy_Paper_Derecho_al_Olvido.pdf.

- López Herrera, E. (2006). *Teoría de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Mackinnon, R., Hickok, E., Bar, A. y Lim, H. (2014). *Fostering freedom online. The role of internet intermediaries*. París: UNESCO.
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, La Rue, F. (2011). Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. A/HRC/17/27.
- Organización de las Naciones Unidas y Organización de los Estados Americanos (2012). Declaración Conjunta realizada por el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=888&IID=2>
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Botero Marino, C. (2013). Libertad de Expresión e Internet. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Lanza, E. (2017). Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17.
- Rallo Lombarte, A. (2014). *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Úbeda de Torres, A. (2007). *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid: Reus.
- VV. AA. (2015). Principios de Manila. Disponibles en: www.manilaprinciples.org/es.
- Ylarri, J. S. (2018). El derecho a la libertad de expresión en Internet: la responsabilidad civil de los motores de búsqueda. *Revista de Derecho Público*, 2018-1, 269-312.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), «Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ Daños y perjuicios», 28/10/2014, Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia [Fallos]: 337:1174.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), «Gimbutas, Carolina V. c/ Google Inc. s/ Daños y perjuicios», 12/9/2017, Fallos: 340:1236.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), «Mazza Valeria Raquel c/ Yahoo SRL Argentina y otro s/ Daños y perjuicios», 24/6/2021, Fallos: 344:1481.
- Reales Tribunales de Justicia, Tribunal de Apelaciones, *Queen's Bench Division*, «Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.», 16/7/2009, (2009) EWHC 1765 (QB).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, «Google Spain, S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González», 13/5/2014, asunto C 131/12.