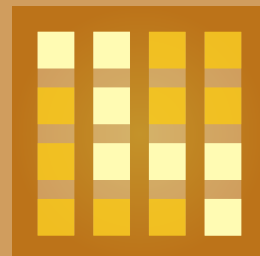


Viejos principios, nuevos problemas

Una mirada amplia sobre la libertad
de expresión, la privacidad y los
buscadores de Internet.



Viejos principios, nuevos problemas. Una mirada amplia sobre la libertad de expresión, la privacidad y los buscadores de Internet.

Octubre de 2009*

I. Introducción

El presente documento de investigación de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) busca proveer una mirada objetiva y amplia sobre los problemas jurídicos y de políticas públicas que surgen en el marco del flujo de información en Internet que tiene como centro a los denominados motores de búsqueda o buscadores. En la Argentina, estos problemas se exteriorizaron a través de demandas de daños y perjuicios por difamación y uso indebido de nombre e imagen iniciadas contra los buscadores *Google* y *Yahoo* por funcionarios públicos y figuras públicas.

Estas demandas son de distinto tipo y se encuentran en diferentes etapas procesales. Hasta el momento hubo sólo una decisión sobre la cuestión de fondo: la mayor parte de la jurisprudencia desarrollada hasta ahora se relaciona con medidas cautelares que ordenan eliminar los resultados de las búsquedas que los actores consideran violatorios de sus derechos.

La intención del presente trabajo es desarrollar argumentos para analizar estos problemas jurídicos desde una perspectiva que parta de valorar al debate público

*Documento realizado por Rarmiro Álvarez Ugarte para el Área de Libertad de Expresión de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) en octubre de 2009. El documento fue actualizado por el equipo de Libertad de Expresión de la ADC para dar cuenta de nuevos desarrollos jurisprudenciales.

amplio y vigoroso como elemento esencial de la consolidación de la democracia y del estado de derecho. A la vez, se procurará contextualizar el rol de los intermediarios en Internet desde una mirada amplia sobre el derecho a la información que se adapte a la realidad del ambiente comunicacional interconectado de Internet.

Para ello, procederemos de la siguiente forma.

En la sección I se exploran las características técnicas de los buscadores de Internet. La intención es explicar cómo funcionan y subrayar el rol que cumplen en la búsqueda y el acceso a la información disponible en Internet. Se destacan ciertos problemas y desafíos que presentan desde una perspectiva amplia del derecho a la información, así como ciertas características estructurales potencialmente problemáticas desde ese punto de vista.

En la sección II se hace un breve repaso de los casos judiciales argentinos, y se critican los razonamientos utilizados por los jueces para resolverlos. Fundamentalmente se señala la visión limitada de los jueces respecto del rol de intermediador que cumplen los buscadores y la escasa o directamente ausente reflexión sobre el impacto que este tipo de decisiones puede tener sobre el derecho a la información de los ciudadanos.

La sección III esta dedicada a la legislación y jurisprudencia extranjera, que marca una tendencia contraria a la incipiente jurisprudencia local.

En la sección IV se sistematizan, con base en principios de libertad de expresión, algunos argumentos que se pueden desarrollar en defensa de buscadores y otros intermediarios.

Finalmente, en la sección V se ofrece un breve repaso de lo discutido y algunas conclusiones.

II. Los Buscadores: Intermediarios Necesarios

Funcionamiento

Los buscadores de Internet funcionan como intermediarios necesarios entre los usuarios y quienes proveen contenidos en Internet. Son el mecanismo técnico que permite vincular a esos contenidos con las personas interesadas en ellos. Grimmelm¹ ofrece un breve esquema que explica los flujos de información que tienen a los buscadores como centro y las distintas interacciones que se dan entre quienes participan, voluntaria e involuntariamente, del sistema.

En este pequeño esquema podemos ver los flujos de información que se producen gracias a la intermediación de los motores de búsqueda. Grimmelmann identifica cuatro operaciones: (a) los buscadores indexan el contenido disperso de la Web; (b)

¹James Grimelmann, The Structure of Search Engine Law, 93 Iowa L. Rev. 1, 17 (2007).

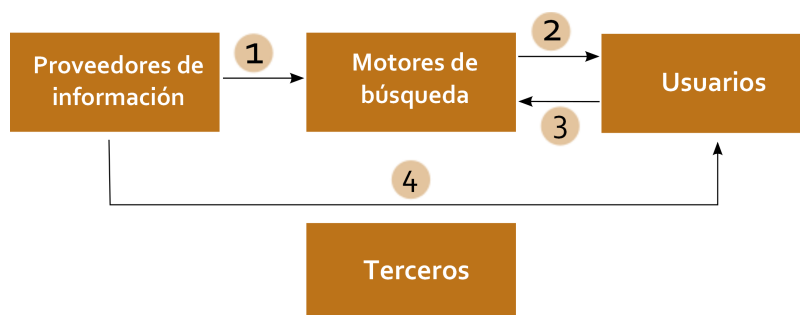


Figura 1: Flujo de información en Internet. Adaptado de Grimmelmann, 2007.

los usuarios introducen términos de búsqueda en los motores; (c) el buscador ofrece al usuario listas de resultados relacionando el contenido indexado con los términos ingresados y (d) el usuario accede al contenido provisto por terceros. Observar en cierto detalle estas cuatro operaciones facilitará el análisis de las características técnicas de los buscadores.

1. Indexación. Los motores de búsqueda, para poder responder a las búsquedas de los usuarios, deben primero conocer los contenidos que se encuentran dispersos. Ese “conocimiento” se produce a través de programas automáticos de software que recorren Internet y recopilan el contenido que está disponible en los distintos puntos de la red². Estos programas son conocidos como “robots”, “arañas” o *crawlers* (en adelante los llamaremos *crawlers*).

Introna y Nissenbaum explican en qué consiste la indexación de contenidos de la siguiente manera:

“[Los buscadores] crean un mapa de la Web mediante la indexación de páginas de Internet de acuerdo a palabras clave, y luego crean enormes bases de datos que vinculan el contenido de las páginas con las palabras claves y con las URL [direcciones de Internet].³” Los *crawlers* de los buscadores recorren todos los sitios Web que son públicos: aquellos productores de contenido que no quieran ser indexados pueden evitarlo mediante la inclusión de un simple comando de programación insertado en sus sitios. En Estados Unidos se ha reconocido a los productores de contenido un derecho a no ser indexado por *crawlers* si así lo desean⁴.

Como puede verse, esta tarea de indexación del contenido disperso es el primer paso para poder dar a la información disponible en Internet cierta utilidad. El juez

²Cuando nacieron los motores de búsqueda, gran parte de la indexación se hacía en forma manual (ver Introna & Nissenbaum, *infra* nota 3, 172).

³Lucas D. Introna & Helen Nissenbaum, *Shaping the Web: Why the politics of search engines matters*, 16 *The Information Society* 169, 171 (2000).

⁴Ver *Ebay Inc. v. Bidder's Edge, Inc.* 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal., 24 de Mayo de 2000) (dónde una Corte de Distrito del Distrito Norte de California ordenó que el agregador de sitios de subasta Bidder's Edge dejara de enviar sus *crawlers* a la base de datos del sitio eBay.com).

británico Eady en el caso *Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.* consideró que era posible trazar una analogía entre lo que ocurre en Internet con cómo funciona una biblioteca:

“Si un académico quiere buscar las referencias de su tema de investigación, puede consultar el catálogo de la librería. Al hacerlo, puede encontrar que hay algunos libros potencialmente relevantes en algún sector de la biblioteca, e ir hasta allí para ver si puede usar el contenido”⁵.

Esta tarea de indexación, sin embargo, no es sólo realizada por los motores de búsqueda. En general, todos los sitios con contenidos generados por terceros usan mecanismos similares y buscadores propios incorporados en los mismos sitios. Así hace, por ejemplo, Amazon.com en relación a los libros que vende a través de su sitio de Internet⁶.

2. Búsquedas. Los usuarios de Internet utilizan los motores de búsqueda para encontrar la información que se encuentra dispersa y que estos motores han indexado. Lo hacen a través de palabras o términos de búsqueda que estiman relevantes para acceder a la información que quieren encontrar. “Cuando un [usuario] introduce una palabra clave (o frase) –presumiblemente, una que capture adecuadamente el objeto de su interés- la base de datos del motor de búsqueda devuelve al [usuario] una lista de URLs vinculadas con esa palabra clave, idealmente incluyendo todas las que son relevantes al interés del [usuario]”⁷.

Sin embargo, los resultados son sólo una aproximación a la intención del usuario. Debido al carácter indeterminado, en mayor o menor medida, de *todas* las palabras, la misma búsqueda puede estar orientada a distintas posibilidades. Grimmelmann ofrece como ejemplo de esto a la palabra *apple*, que significa “manzana” en inglés. La introducción de esa palabra en un motor de búsqueda puede estar destinada a encontrar productos de la marca *Apple*; a encontrar las cualidades nutritivas de la fruta o a alguien que las venda; o bien puede estar destinada a encontrar música de los Beatles, ya que *Apple Records* es el sello discográfico que editó sus discos⁸. La búsqueda, por usar términos siempre indeterminados, sirve tan sólo para ofrecer una lista de resultados aproximada a la intención del usuario.

3. Resultados. Los resultados que ofrece el buscador son ofrecidos en forma de hipervínculos o *links*. Estos son códigos de HTML simples que llevan al usuario a las páginas Web que el buscador estima relevantes de acuerdo a los términos de búsqueda que fueron utilizados. Es en este punto donde los distintos buscadores

⁵Metropolitan International Schools Ltd. v. Google, [2009] EWHC 1765 (QB), párr. 52.

⁶Ver Grimmelmann, supra nota 1, pág. 8.

⁷Ver Introna & Nissenbaum, supra nota 3, pág. 171 (en el original en inglés se usa la palabra *seeker*, que aquí fue reemplazada por la palabra “usuario” para evitar confusiones, debido a que la traducción literal de *seeker* es “buscador”).

⁸Ver Grimmelmann, supra nota 1, pág. 9.

marcan diferencias entre sí a través de la utilización de “variados algoritmos para sumariar y organizar el vasto mar de contenido disponible”⁹.

En una primera etapa, los buscadores ofrecían como resultados páginas que contenían los términos de búsqueda. Con el tiempo, los buscadores fueron complejizando sus mecanismos de rastreo de información y comenzaron a analizar otras variables de los sitios Web llamadas *metadata* que incluyen la “edad” de los sitios, la cantidad de hipervínculos que reciben, las palabras utilizadas por sus autores para describirlos, etcétera¹⁰. El paradigma actual de los buscadores incluye complejos mecanismos para determinar qué páginas vinculan a qué otras, lo que permite ofrecer listados ordenados según su “relevancia”¹¹. La oferta de resultados, así como la indexación, es un proceso automático logrado a través de algoritmos matemáticos programados en el software¹².

4. Contenido. El contenido que es buscado por los usuarios no es ofrecido por los motores de búsqueda: el buscador sólo brinda hipervínculos o *links* a sitios que estima relevantes para la búsqueda de acuerdo con los términos ingresados. El contenido que representa el esquema de Grimmelmann se transfiere directamente de los proveedores de contenido al usuario; los buscadores solo facilitan el acceso al mismo.

En el esquema de Grimmelmann podemos observar a los “terceros” como ajenos a este flujo de información, lo que no significa que no estén interesados en el mismo. Gran parte de las controversias jurídicas que surgen como consecuencia de estas interacciones afectan a terceros, y los casos judiciales en Argentina que analizaremos más adelante los tienen como protagonistas. Es conveniente poner entre paréntesis esta cuestión por el momento y concentrarnos en la vinculación entre los buscadores de Internet y el derecho de los usuarios de Internet a *buscar y recibir* información. Internet implica una gran promesa en términos de democratización del acceso a la información: los buscadores son un elemento esencial para que esa promesa se cumpla.

Los buscadores y el derecho a buscar y recibir información

Como señalan Introna y Nissenbaum, “lo que las personas son capaces de encontrar en la Web determina lo que la Web consiste para ellos”¹³. Esto se debe al carácter radicalmente descentralizado de Internet: no existe un *emisor* único de contenidos ni un ente que controle los mecanismos físicos de conexión. Los contenidos están

⁹Grimmelman, supra nota 1, pág. 10.

¹⁰Id., pág. 10.

¹¹Id., pág. 10. El algoritmo que usa Google, por ejemplo, se llama PageRank y es una marca registrada de Google Inc.

¹²Ver Frank Pasquale, *Rankings, Reductionism and Responsibility*, 54 Clev. St. L. Rev. 115, 118 (2006) (en el que argumenta que el “software hace todo el trabajo.”).

¹³Introna & Nissenbaum, supra nota 3, pág. 171.

dispersos en las computadoras y servidores que integran la Web alrededor del mundo, y estos últimos son parte de la infraestructura física a través de la cual circulan los “paquetes de información” que permiten la creación, transferencia y consumo de contenidos a través de la Web.

El carácter descentralizado de la Web produjo cambios profundos en la forma en que se consumen bienes culturales e información, cuya radicalidad probablemente todavía no veamos con claridad. Estos cambios implican, fundamentalmente, dos cuestiones. Por un lado, una mayor cantidad de voces; por el otro, un cambio radical en el rol del receptor. Ambos elementos están intrínsecamente relacionados con los motores de búsqueda, ya que estos son *intermediarios necesarios* del flujo de información que se produce en Internet.

Más voces

Como explicaba Eben Moglen en 1997, las nuevas tecnologías eliminan los altos costos de llegar a una gran audiencia. “Cualquier individuo puede, a través del uso de medios en red como la *World Wide Web*, llegar a una audiencia más grande que la de un dueño de varias cadenas pequeñas de televisión, y sin costo alguno.”¹⁴.

“La Internet es un recurso primario para emisores que buscan diseminar información sobre negocios, política, asuntos legales, científicos y artísticos. En el ámbito de la información política, la Internet es tal vez la más significativa plataforma para la difusión de información no popular o controvertida”¹⁵.

Ya en 2001 Elkin intuía la influencia que Internet tendría sobre los paradigmas de consumo de información tradicionales. “La infraestructura de la red (...) reemplazaría los mecanismos centralizados utilizados por los radiodifusores y editores con un flujo de información potencialmente descentralizado”¹⁶. La precisión de la predicción no deja de sorprender: el sitio *YouTube*, que pone en cuestión la viabilidad del sistema radiodifusor en el largo plazo, no sería inventado sino hasta 2005. Hoy, con 133 millones de *blogs* y miles siendo creados día a día, el éxito de la Web, en tanto que facilitador de medios de comunicación masiva a bajo costo, es indudable¹⁷.

¹⁴Eben Moglen, *The Invisible Barbecue*, 97 Colum. L. Rev. 945, 950 (1997).

¹⁵Jeniffer Urban & Laura Quilter, *Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown notices under Section 512 of the Digital Millenium Copyright Act*, 22 Santa Clara Comp. & High Tech. L. J. 621, 682 (2006).

¹⁶Niva Elkin-Koren, *Let the Crawlers Crawl: On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing*, 26 U. Dayton L. Rev. 179, 183 (2001).

¹⁷Ver respecto del crecimiento exponencial de blogs o “bitácoras personales”, Technorati, *The State of the Blogosphere 2008*, disponible en: <http://technorati.com/blogging/state-of-the-blogosphere>.

La *descentralización* de Internet es la causa de que, en principio, cualquier persona pueda participar de este ambiente global de comunicación sin distinción de poder económico, social o cultural. Esto produce una multiplicación exponencial de las voces que participan del debate público, aspecto que indudablemente es positivo desde el punto de vista de la teoría democrática.

Sin embargo, la misma descentralización que permite el ingreso de nuevas voces en forma diaria produce una situación de exceso de información y de caos en términos organizativos. Según Herbert Simon, la *riqueza* de información “crea pobreza de atención y la necesidad de distribuir esa atención en forma eficiente ante la sobreabundancia de fuentes de información que pueden consumirla”¹⁸. En un escenario de esas características, el valor “real” está en “localizar y filtrar la información que será relevante para los usuarios”¹⁹. Es en este sentido que señalamos a los buscadores como intermediarios *necesarios* en los flujos de información que se dan en la red.

Receptor “activo”

La descentralización que produce más voces y más caos informativo también modifica el rol del receptor, uno de los dos extremos de toda relación comunicacional. Gracias a los motores de búsqueda, los usuarios se colocan en una situación *activa* de búsqueda de información, modificando el esquema tradicional propio de otros sistemas en los que el receptor *recibe* información que transmite un tercero. Esta característica elimina el esquema *radiodifusor-consumidor*²⁰. Según Grimmelmann, este nuevo paradigma tiene implicancias muy profundas.

“Este cambio es importante para la autonomía humana, ya que la habilidad de localizar información que necesitamos es central para nuestra capacidad de tomar decisiones por nosotros mismos. Es también económicamente importante; las búsquedas [en Internet] facilitan el eficiente intercambio de bienes informativos, y por la tanto cataliza un círculo virtuoso de creatividad. La lección obvia aquí es que la búsqueda [de información en Internet] es muy importante como para ensuciarla, y deberíamos ser muy cuidadosos al tomar decisiones que puedan [perjudicar] esa búsqueda”²¹.

¹⁸Herbert A. Simon. Designing Organizations for an Information-Rich World, en Computers, Communications, and the Public Interest, 37, 40-41 (1971), citado por Elkin, supra nota 16, 184 (el subrayado me pertenece).

¹⁹Elkin, supra nota 16, pág. 184.

²⁰Ver, Moglen, supra nota 14, pág. 952 (explicando que el esquema radiodifusor-consumidor supone a un receptor “pasivo”, un “globo ocular cuya única función es tomar nota de las publicaciones.”).

²¹James Grimmelmann, Don't Censor Search, 117 Yale L. J. Pocket Part 48, 50 (2007).

El ingreso de nuevas voces genera, necesariamente, usuarios más activos. La sobreoferta de contenidos genera receptores que salen a buscar la información que desean. Los buscadores son, en este sentido, imprescindibles para que este esquema funcione, ya que son el principal mecanismo técnico a través del cual los ciudadanos satisfacen su derecho a buscar información, garantizado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los artículos 14 y 32 de la Constitución Argentina.

Sin embargo, ese lugar de intermediario *necesario* pone a los motores de búsqueda en una situación comprometida²², ya que se convierten en un “punto focal de control”²³ sobre el cual los gobiernos totalitarios que buscan controlar el flujo de información concentran sus esfuerzos. A la vez, el crecimiento de las compañías y la tendencia del mercado a la concentración genera problemas propios del modelo comercial con que se están desarrollando esta clase de herramientas tecnológicas. Veremos estos puntos a continuación.

Los buscadores como objeto de censura

Debido a las características técnicas que vimos en los apartados anteriores, los gobiernos autoritarios que quieren controlar Internet tienen pocas opciones. La extrema descentralización hace que sea difícil, si no imposible, controlar los extremos de las comunicaciones digitales. Esta dificultad convierte a los intermediarios en presa fácil de censores de todo tipo. Al atacar a los puntos nodales de la red (o puntos “de control”²⁴) se logra que el control de las comunicaciones sea más eficiente.

“[Los intermediarios pueden] interferir con información, identificar a emisores o receptores u otros intermediarios contra quienes se puedan dirigir sanciones. (...) Una intervención gubernamental que interfiere efectivamente con la capacidad de los intermediarios (...) de dirigir la atención a emisores determinados vuelve a esos emisores tan incapaces de comunicarse con audiencias masivas como si fueran mudos e invisibles”²⁵.

El caso de la República Popular de China es un ejemplo claro de esta clase de censura como política de Estado. Cuando *Google* comenzó a operar en China debió hacerlo bajo los parámetros del gobierno local, que exigía el control de

²²Ver Urs Gasser, *Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead*, 8 Yale J. L. & Tech. 201, 202 (2006) (argumentando que los “buscadores son los más importantes gatekeepers en el ambiente digital interconectado de hoy.”).

²³Ver Elkin, *supra* nota 16, pág. 184.

²⁴Para entender el concepto de intermediario como “punto de control”, ver Jonathan Zittrain, *Internet Points of Control*, 44 B.C. L. Rev. 653 (2003).

²⁵Seth F. Kreimer, *Censorship by Proxy*, 155 U. Pa. L. Rev. 11, 16-17 (2006).

los contenidos que el buscador ofrecía como resultados de las búsquedas de los usuarios de ese país²⁶. En Pakistán, por ejemplo, la Suprema Corte condenó a varios intermediarios por no impedir que se muestran las caricaturas del profeta Mahoma que causaron conmoción en el mundo árabe al ser publicadas en un diario danés. Las empresas que han aceptado ese tipo de censura impuestas por diferentes gobiernos han sido objeto de críticas de diversos organismos de derecho humanos²⁷. Sin embargo, sus actitudes son explicable si consideramos sus modelos comerciales y su forma de funcionamiento. El análisis de ese modelo nos permitirá abordar los problemas de políticas públicas que surgen del esquema de negocios predominante en la industria de los motores de búsqueda.

Los buscadores y los “prejuicios” estructurales. Posibilidades de regulación

Si concentramos nuestra atención en las características de los motores de búsqueda en tanto que “actividad comercial”, veremos que actitudes como las que se dieron en China son fáciles de explicar. Introna y Nissenbaum han explorado en profundidad los problemas que el modelo de negocios de la industria genera con relación a asuntos como privacidad, libertad de expresión o derecho a la información de los ciudadanos. Estos problemas se relacionan con los fines de lucro de los motores de búsqueda más populares: si la red descentralizada ofrece una pluralidad de voces, quienes logren concentrar la atención dispersa de los usuarios serán los principales receptores de ingresos publicitarios. Los buscadores concentran esa atención.²⁸

La motivación comercial de las empresas que desarrollan los motores de búsqueda genera ciertas características del sistema que se vuelven endémicas debido a la tendencia a la concentración que muestra el mercado²⁹. Elkin, Introna y Nissenbaum señalan algunas de esas características.

- La alta dependencia de hipervínculos para evaluar cuan relevante son las

²⁶La decisión de Google fue polémica. Ver, por ejemplo, Diario La Nación, 26 de enero de 2006, Google se autocensura en China, Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/775108>; Diario La Nación, 26 de enero de 2006, Brin: “La decisión sobre Google China es Razonable”. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/775420>; Diario Clarín, 6 de junio de 2007, Amnistía Internacional vuelve a acusar a Google, Yahoo! y Microsoft de ser “cómplices” de la censura. Disponible en: <http://www.clarin.com/diario/2007/06/06/um/m-01433183.htm>. Es curioso y sería casi gracioso, si no fuera lamentable, que jueces argentinos hayan citado la censura China como ejemplo de la “viabilidad técnica” de la medida que dictaron. Volveremos a este tema más adelante.

²⁷Idem.

²⁸Según el ranking global de Alexa, Google lidera el ranking y Yahoo se encuentra en el puesto tres. En la Argentina, Google lidera el ranking y YouTube se encuentra en el puesto cinco, ver en [<http://www.alexa.com/topsites>].

²⁹A Octubre de 2009, Google concentraba el 83.55 por ciento del mercado mundial de usuarios de Internet, seguido por Yahoo, con el 8.39 por ciento (Fuente: StatOwl.com, en http://www.statowl.com/search_engine_market_share.php).

páginas favorece a los sitios con tópicos de interés masivo por sobre sitios más pequeños.

- Los *rankings* tienen “prejuicios” hacia los sitios comerciales, ya que suelen estar sumamente linkeados por otros sitios comerciales con los que tienen alianzas.
- Las búsquedas tienen valor comercial ya que los sitios se sustentan con las ganancias que ingresan en concepto de publicidad. Elkin señala que algunos sitios solían cobrar a empresas para *rankear* sus sitios en lugares más prominentes de la lista de resultados, aunque es una tendencia minoritaria actualmente.
- Introna y Nissenbaum destacan que quienes programan las páginas de Internet conocen los “trucos” para mejorar los *rankings* en los buscadores de Internet, lo que beneficia a los actores grandes que pueden afrontar los costos que significa contratar a esta clase de expertos, muchas veces agrupados en empresas especializadas que proveen esta clase de servicios.

Estos modelos comerciales generan preocupaciones legítimas. “El fuerte vínculo entre consideraciones editoriales e intereses comerciales generan serias preocupaciones respecto de la confiabilidad de los resultados”³⁰. Según Introna y Nissenbaum, los usuarios cuyas experiencias estén mediadas por los motores de búsqueda “tienen mas posibilidades de encontrar sitios populares, grandes, cuyos diseñadores tienen suficiente conocimiento técnico para triunfar en el *juego del ranqueo*, y especialmente, aquellos sitios cuyos propietarios pueden pagar por los varios mecanismos existentes para mejorar el posicionamiento de un sitio”³¹.

Estas características estructurales explican la actitud de resignación ante la censura por parte de las empresas que desean entrar a mercados importantes como el de China: ante la disyuntiva de acceder o no acceder a esos mercados, prefieren la opción que les garantiza participar del negocio. Esto también explica por qué los buscadores son permeables a las presiones de los gobiernos: cuando éstos ejercen presión sobre los puntos de control transfieren costos a los buscadores, ya que, por ejemplo, establecer mecanismos de control para cumplir con las presiones indirectas o las órdenes directas de los gobiernos no es gratis. La opción comercial razonable ante esos casos es reducir esos costos lo máximo posible, adoptando para ello los mecanismos técnicos más ecoómicos, que no siempre son los que menos lastiman el derecho a la información de los usuarios.

“[S]i es más costoso distinguir entre expresiones protegidas y no protegidas, el censor por proximidad [en este caso, los buscadores] va a

³⁰Elkin, supra nota 16, pág. 190.

³¹Introna y Nissenbaum, supra nota 3, pág. 175 (el subrayado me pertenece).

abandonar los esfuerzos por evitar errores y adoptará una política de auto-censura profiláctica”³².

Las empresas que desarrollan los motores de búsqueda tienen escasos incentivos para comportarse de otra manera: las expresiones que facilitan son siempre de terceros y las ganancias por consumidores marginales son menores o escasas en comparación con el costo financiero de sanciones o amenazas de sanciones oficiales³³. “Siempre es más barato borrar a un sitio marginal que pagar abogados”³⁴.

La auto-censura identificada en el párrafo anterior fue detectada en escenarios concretos. En el caso *Center for Democracy and Technology v. Pappert*, por ejemplo, una corte de Pennsylvania encontró que un *Internet Service Provider* (ISP) bloqueó cerca de 1.2 millones de sitios “inocentes” como respuesta a un pedido de agencias de seguridad de deshabilitar 400 direcciones de Internet específicamente señaladas³⁵. Del mismo modo, con motivo de una demanda, *Yahoo Argentina* optó por eliminar *todos* los resultados de las búsquedas relacionadas con los nombres de las figuras públicas que habían demandado a pesar de que las órdenes judiciales tenían alcances más limitados.

Resulta claro que estos problemas estructurales no pueden ser resueltos por el juego libre del mercado.

“Una virtud generalmente sostenida por los defensores de los mecanismos de mercado es que los [consumidores] son libres de expresar sus preferencias a través de las elecciones que hacen entre ofertas alternativas. A través de sus elecciones, los participantes del mercado que son ineficientes son eliminados a favor de competidores más eficientes. Como muchos críticos han señalado, sin embargo, esto sólo se sostiene en mercados dónde aquellos que proveen los bienes o servicios tienen posibilidades iguales de entrar al mercado y de comunicar su potencial a posibles clientes que están totalmente informados y que van a actuar en forma racional. Tal mercado ideal simplemente no existe, y esto es especialmente cierto en el caso de los motores de búsqueda”³⁶.

La información relativa a la porción de mercado de los buscadores mencionada más arriba indican que Introna y Nissenbaum estaban en lo correcto en este punto. Estas tendencias son preocupantes, ya que “socavan un ideal sustantivo –aquella visión de la Web como un espacio democrático inclusivo”³⁷.

³²Kreimer, supra nota 25, pág. 28.

³³Id., pág. 28.

³⁴Id., pág. 28.

³⁵*Center for Democracy and Techology v. Pappert*, 337 F. Supp. 2d 606, 642, 650, 655 (E.D. Pa. 2004).

³⁶Introna & Nissenbaum, supra nota 3 pág. 176.

³⁷Id. pág. 181.

Conclusión

Como decíamos al comienzo de este documento, los enormes flujos de información que los motores de búsqueda canalizan generan un caldo de cultivo propicio para conflictos legales de todo tipo, conflictos que se dan –siguiendo el esquema de Grimmelmann presentado más arriba– entre usuarios, proveedores de contenido, los mismos buscadores y terceras partes³⁸. Es en este último grupo dónde queremos concentrarnos ahora.

Hasta aquí hemos repasado las características técnicas de los buscadores y su rol de intermediarios *necesarios* en el intercambio de flujos de información en Internet que los convierte en objeto predilecto de gobiernos autoritarios. También hemos hecho referencia a los problemas estructurales que surgen de la tendencia a la concentración del mercado y de los fines de lucro que inspiran a los buscadores más exitosos.

En las próximas dos secciones repasaremos las controversias jurídicas que tienen a terceros como protagonistas. En la sección II veremos la jurisprudencia nacional, e introduciremos las primeras críticas a los argumentos ofrecidos por los jueces argentinos para fundamentar sus decisiones. En la sección III haremos referencia a distintos tipos de regulaciones extranjeras –legislativas y jurisprudenciales– que muestran una visión más rica del lugar que Internet debe ocupar en el debate público que la ofrecida por los jueces argentinos. Esta visión es, a la vez, más protectora de los intermediarios que la jurisprudencia local.

III. Los conflictos legales en la Argentina

En la Argentina, la mayoría de los conflictos legales generados con motivo de la intermediación de los buscadores entre usuarios y productores de contenido se originaron por terceros que se consideraron afectados por ese flujo de información.

Podemos dividir esos casos en dos categorías bien definidas. Por un lado están las demandas iniciadas por funcionarios públicos que buscan eliminar de los resultados ciertos sitios que consideran agraviantes³⁹. Por el otro, las demandas iniciadas por figuras públicas que buscan eliminar los resultados que vinculan sus nombres con sitios pornográficos, o de prostitución, o los sitios que hacen uso indebido de su imagen⁴⁰.

³⁸Grimmelmann destaca que los usuarios tienen intereses relacionados con la privacidad de las búsquedas y con la calidad de los resultados; que los proveedores de contenidos tienen intereses en ser tratados de una forma equitativa por los buscadores, etcétera (ver, al respecto, Grimmelmann, *supra* nota 1, pág. 16).

³⁹Casos *Servini de Cubría c. Yahoo Argentina y Miragaya*, *Eduardo c. Yahoo de Argentina S.R.L.*

⁴⁰Casos *Da Cunha, Virginia c. Yahoo Argentina de S.R.L. y otros*; *Mazza, Valeria Raquel c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*; *Abramo, Laura c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*; *Prandi, Julieta c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*; *Unterubacher, Nicole c. Yahoo de Argentina*

La mayoría de las demandas son por daños y perjuicios, pero sólo en un caso (*Da Cunha*) se ha dictado sentencia definitiva en contra de los buscadores, aunque la misma fue luego revocada en segunda instancia. Por el momento, la mayoría de los litigios giran en torno a las medidas cautelares solicitadas por los demandantes tendientes a la eliminación de los resultados de búsqueda que consideran agraviantes o que usan indebidamente su imagen.

La jurisprudencia nacional desarrollada hasta el momento se caracteriza por mostrar una visión particularmente pobre del derecho a la información afectado.

Estas visiones son, muchas veces, consecuencia de una inadecuada valoración del rol que los motores de búsqueda cumplen en Internet y de una falta de consideración a las cuestiones constitucionales involucradas en estos asuntos. Los jueces unánimemente han omitido analizar los daños causados por las medidas cautelares a los derechos de usuarios y proveedores de contenidos que, sin ser partes del proceso, ven afectados sus derechos constitucionales a buscar, recibir y emitir información.

A continuación distinguiremos los principales argumentos utilizados por los jueces para sustentar sus decisiones, según los tipos de casos que hemos mencionado anteriormente.

Casos de funcionarios públicos

En los casos *Servini de Cubría* y *Miragaya*, las salas I y II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal han decidido, a nuestro entender correctamente, rechazar las medidas cautelares solicitados por los actores, ambos funcionarios del fuero federal. Sin embargo, los argumentos ofrecidos por los jueces para rechazar esas medidas se basan en el carácter de funcionarios de los demandantes, y se apoyan en la asentada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en virtud de la cual la libre crítica a los funcionarios por razón de actos de gobierno es una “esencial manifestación” del derecho a la libertad de prensa que hace a los “fundamentos mismos del régimen republicano”⁴¹.

Según esta jurisprudencia, “los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias”, y por lo tanto merecen menor protección que los “ciudadanos privados”⁴².

Esta jurisprudencia se apoya, también, en los casos desarrollados por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En ese sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha sostenido que “los funcio-

S.R.L. y otros; Solaro, María Soledad c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros; Krum, Andrea Paola c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros; Giovanetti, Laura c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros; Zamolo, Sofía c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros; Crivocapich, Priscila c. Google Inc. y otro.

⁴¹Moreno y Timerman, Fallos 269:200 (1967).

⁴²Costa c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos 310:508 (1987).

narios públicos y quienes aspiran a serlo, en una sociedad democrática, tienen un umbral distinto de protección, que les expone en mayor grado al escrutinio y a la crítica del público, lo cual se justifica por el carácter de interés público de las actividades que realizan, porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y porque tienen una enorme capacidad de controvertir la información a través de su poder de convocatoria pública”⁴³. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo también esta interpretación en numerosos casos⁴⁴.

En la jurisprudencia argentina también se han desarrollado estándares en relación a las figuras públicas. En efecto, en los casos de “personas célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que le confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general”⁴⁵.

Esta distinción entre “funcionarios públicos” y “figuras públicas” parece haber tenido cierta influencia en los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que intervinieron en los casos *Servini de Cubría* y *Miragaya*, ya que en casos similares que involucraban a figuras públicas como modelos, actrices o cantantes, los magistrados decidieron de otra manera.

En efecto, en *Servini de Cubría* la sala II consideró que “la situación de la jueza S. de C. [sic] no es equiparable a la de artistas y modelos, cuya situación mereció una respuesta diferente de esta Sala, ante imágenes publicadas en Internet en las que, inclusive, sus nombres e imágenes eran empleados en sitios de contenido sexual”⁴⁶. Esto se debe a que las imágenes publicadas en Internet de la jueza federal se relacionaban con su trabajo y como tales están vinculadas a “acontecimientos de interés público”⁴⁷. En el mismo sentido, los magistrados consideraron que “la doctora S. de C. [sic] es jueza federal, que además ejerce competencia electoral en el distrito, por lo que sus actos en ejercicio de sus funciones despiertan interés en los medios de difusión y en la sociedad en general”⁴⁸.

⁴³CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual 2009, Capítulo III, párr. 41.

⁴⁴Corte I.D.H., Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párrs. 86-88; Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83; Corte I.D.H., Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 152 y 155, Corte I.D.H., Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 83; Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 125 a 129; Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 87; Corte I.D.H., Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 115.

⁴⁵Ponzetti de Bablin, c. Editorial Atlántida, Fallos 306:1892, Cdo.9 (1986).

⁴⁶Servini de Cubría c. Yahoo de Argentina S.R.L., LL 2009-D-165 (2009).

⁴⁷Id., Cdo. 4.2.

⁴⁸Id., Cdo. 4.4.

Sin embargo, la sala II resolvió otorgar las medidas cautelares en los casos *Prandi, Julieta c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro* y *Abramo, Laura Graciela c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro*. En *Prandi* la sala II basó su decisión en la “incontrovertida” vinculación de los nombres de la actora con “sitios de contenido sexual, erótico o pornográfico, sin que ello cuente con la autorización de aquélla”⁴⁹. En nuestra opinión, la clave para entender estos casos es pensarlos en términos de *uso indebido* del nombre, al menos en lo que a la sala II se refiere.

En *Miragaya*, la sala I consideró no procedente acceder a una medida amplia tendiente a eliminar todos los resultados relacionados con ciertos términos de búsqueda, ya que ello violaría la garantía constitucional de libertad de expresión⁵⁰. Como en el caso era posible identificar a los responsables de dos sitios específicos (los de *Seprin* y *Página/12*), el funcionario debería dirigir su acción contra ellos y no contra el intermediario⁵¹.

El hecho de que en el caso se conocieran los sitios cuestionados por el actor permitió a los jueces distinguir ese caso de otros casos en los que era “fácticamente imposible” identificar a los responsables por la “gran cantidad” de sitios involucrados⁵². Uno de esos casos identificados por los magistrados de *Miragaya* es el caso *Zámolo*, en el que los magistrados consideraron que era válido exigir la eliminación de los resultados que vinculaban a la actora con sitios de “contenidos relacionados con el tráfico de sexo” ya que, ante un material “dañoso”, el proveedor “debe actuar y, de ser técnicamente posible, debe acoger esa petición, por estar en mejores condiciones técnicas y tácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto. Como también que ante la entidad objetiva y fácilmente verificable de la ilicitud del contenido, no puede la empresa responsable del servicio amplificar, con su divulgación, los efectos dañosos en curso”⁵³.

En el caso *Unterubacher*, los magistrados de la sala I destacaron que la medida cautelar se limita a “los vínculos” que establece el buscador con los contenidos creados por terceros. “[N]o se ordenó aquí la modificación del contenido de tales sitios, sino que la medida se refiere a las conexiones que los buscadores permiten establecer”⁵⁴.

Si bien el resultado de las decisiones de la sala I en el caso *Miragaya* y de la sala II en el caso *Servini de Cubría* es correcto, los fundamentos dados por los magistrados no parecen los adecuados. Por un lado, si bien es legítimo sostener —como en *Miragaya*— que las demandas deben dirigirse a los productores de los contenidos y no a los intermediarios, dejan la puerta abierta para que, quienes encuentren difícil

⁴⁹Prandi, Julieta c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, DJ 8 de Julio de 2007, Cdo. 3 (2007).

⁵⁰Ver *Miragaya*, Eduardo c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, 23 de diciembre de 2008, Cdo. 6 (2008).

⁵¹Id., Cdo. 7.

⁵²Id. Cdo. 8.

⁵³Zámolo, Sofía K. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, LL 2007 – A – 269, Cdo. 6 (2007).

⁵⁴Unterubacher, Nicole c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, LL, 16 de Julio de 2007, Cdo. 4 (2007).

identificar a los productores de contenidos cuestionables, puedan demandar a los intermediarios, tal como hizo la sala I en los casos *Zámolo* y *Unterubacher*.

Casos de figuras públicas

Estos casos, que son mayoría en la jurisprudencia argentina, incluyen a diversas demandas iniciadas por personas “famosas” como modelos (casos *Mazza*, *Prandi*, *Unterubacher*, *Zámolo*), cantantes (caso *Da Cunha*) o actrices (caso *Krum*) que accionan en función del uso indebido del nombre y de la imagen en sitios de contenido sexual o pornográfico o relacionados con servicios de prostitución.

Todos los casos, resueltos algunos por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (casos mencionados en la subsección previa) o por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, presentan las mismas características.

En primer lugar, la mayoría de ellos tratan sobre medidas cautelares (excepto el caso *Da Cunha*, dónde recayó sentencia de primera y segunda instancia⁵⁵). En segundo lugar, los casos mencionados consideran como no controvertida la vinculación de los nombres de los actores con sitios de contenido sexual sin que exista autorización de ellos para eso.

Una vez que establecieron esa vinculación, los jueces consideraron —en forma unánime— que es legítimo ordenar a los buscadores la eliminación de los resultados cuestionados ya que “el proveedor debe actuar y, de ser técnicamente posible, debe acoger esa petición, por estar en mejores condiciones técnicas fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto”⁵⁶.

En esto consiste el núcleo de las decisiones sobre medidas cautelares relacionadas con figuras públicas. Esta clase de decisiones son compatibles con los casos que involucran a los funcionarios públicos, ya que en estos casos el rechazo de las peticiones se produjo como consecuencia del mayor grado de exposición que deben tolerar quienes ejercen funciones públicas. En los casos de figuras públicas célebres o famosas, esa barrera jurisprudencial está ausente, razón por la cual los jueces suelen conceder las medidas cautelares en esos casos.

Este resultado jurisprudencial sólo es posible por la errónea valoración de parte de los magistrados del rol de intermediarios *necesarios* de los buscadores que intentamos explicar en los párrafos anteriores. Sin excepción, los magistrados argentinos omiten analizar el efecto inhibitorio y silenciador que sus decisiones tienen sobre

⁵⁵Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, sentencia del 10 de agosto de 2010.

⁵⁶Caso Unterubacher (cdo. 4). Ver similares consideraciones en los casos *Zámolo* (cdo. 6), *Prandi* (cdo. 4) y *Velasco Fucks* (en el que se argumenta que “la recurrente resulta estar pasivamente legitimada, ya que su participación es la de”nexo.entre el usuario y la página “web” a la que éste pretende acceder facilitando su difusión, sin que esa condición sea desvirtuada por el hecho que a través de otros medios se pueda acceder a la página que se trata.”).

terceros, y no logran desarrollar una adecuada apreciación de los valores constitucionales involucrados.

Casos de personas privadas

Si bien no existen casos en los tribunales argentinos de personas privadas que demanden a buscadores, es necesario señalar la cuestión al menos en forma tangencial, ya que es probable que esta clase de casos surjan en el futuro.

Estos casos se darían cuando personas privadas consideran que existen contenidos agraviantes en Internet sobre ellos. Debido al carácter descentralizado y abierto de Internet, hoy es posible para cualquier persona publicar contenidos. En tanto que esa posibilidad exista, es probable que una persona que bajo los parámetros judiciales actuales sería considerada una persona “privada” pueda ser objeto de difamación o de uso indebido de su imagen. La posibilidad de que se tramiten estos casos –y su existencia en la jurisprudencia comparada- muestra la inutilidad de procurar resolver estas cuestiones con la vieja distinción entre funcionarios, figuras públicas y personas privadas.

Conclusión (reenvío)

Todos los casos analizados en el presente trabajo muestran problemas graves en sus análisis. Las medidas cautelares *genéricas*, que ordenan eliminar la vinculación de una persona equis con ciertos sitios de Internet, son sobrecomprensivas y por lo tanto violatorias del principio de proporcionalidad que debe regir a las decisiones que restringen derechos constitucionales. Por otro lado, las medidas cautelares específicas, dirigidas contra sitios concretos, también son problemáticas, porque configuran una forma de censura previa y resultan violatorias del debido proceso.

En la sección IV profundizaremos el análisis sobre estos problemas y expondremos los argumentos constitucionales y legales que es posible desarrollar contra la incipiente tendencia de la jurisprudencia argentina. Pero antes es útil ver cómo otros países han lidiado con problemas similares. Esto permitirá descubrir aproximaciones distintas, normalmente más comprometidas con los principios de libertad de expresión y acceso a la información involucrados en esta clase de controversias.

IV. Derecho Comparado

En esta sección recorreremos brevemente distintas respuestas dadas por otros sistemas jurídicos a problemas similares. Las respuestas legislativas y judiciales de otros países, si bien no perfectas, presentan una visión más robusta de los principios de libertad de expresión involucrados en esta clase de controversias y entienden

mejor los aspectos técnicos y estructurales relacionados con el flujo de información en Internet que, como hemos enfatizado, tiene a los motores de búsqueda como intermediarios necesarios.

Estados Unidos

Estados Unidos fue uno de los primeros países del mundo en legislar específicamente sobre la responsabilidad de los intermediarios de Internet. Ya en 1997, en el caso *ACLU v. Reno* la Suprema Corte de los Estados Unidos reconoció la importancia de los buscadores para que la Web cumpla su función de proveer de información y contenidos a los usuarios. “Navegar la Web es relativamente simple. Un usuario puede ingresar la dirección de una página que conoce o ingresar una o más palabras dentro de un “motor de búsqueda” comercial en un esfuerzo por localizar sitios sobre un tema de su interés”⁵⁷.

El Congreso de los Estados Unidos, con la intención de proteger a los intermediarios —como buscadores y proveedores de Internet— dictó dos leyes tendientes a limitar la responsabilidad de los mismos ante demandas similares a las que se están planteando en la Argentina. Esas leyes son la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) y la Communications Decency Act (CDA), ambas de 1996. La primera de estas leyes se refiere a las quejas de terceros por violación de propiedad intelectual, mientras que la segunda se refiere, entre otras cosas, a las demandas por contenidos difamatorios.

En materia de violaciones a la *propiedad intelectual*, la sección 512 de la DMCA prevé que los intermediarios (como proveedores de Internet o buscadores) no serán responsables por los contenidos que los usuarios suban a Internet. Si un usuario sube una foto que no le pertenece a Internet, los intermediarios no podrán ser sancionados por las consecuencias legales que se deriven de esa infracción.

Sin embargo, la DMCA impone sobre los intermediarios la obligación de eliminar el contenido cuestionado, obligación que se hace cumplir a través de un procedimiento que contiene diversas garantías procedimentales que buscan respetar los derechos de los proveedores de contenidos que supuestamente incurrieron en una falta⁵⁸. Basta observar dos etapas de ese procedimiento para ver cómo el mis-

⁵⁷ACLU v. Reno 521 U.S. 844 (1997).

⁵⁸Es interesante mencionar cómo funciona el procedimiento a través de los distintos pasos que se pueden dar hipotéticamente. 1. Alicia sube una canción a su sitio de Internet (hosteado, por ejemplo, por una compañía de Internet llamada ISP1. 2. Roberto descubre que la canción que subió Alicia en su sitio es una canción que él compuso, sobre la cual tiene derechos de reproducción. Llegó al sitio de Alicia a través de una búsqueda de Internet. 3. Carlos, el abogado de Roberto, envía una carta a ISP1 que incluye (a) información de contacto; (b) el nombre de la canción que fue copiada; (c) la dirección de Internet dónde está copiada; (d) una declaración de buena fe por la cual se asegura que el titular del derecho de autor no autoriza esa publicación; (e) una declaración del carácter veraz de la información; (f) una declaración según la cual Carlos está autorizado para actuar en nombre de Roberto; (g) la firma de esa comunicación. 4. ISP1

mo está fundamentalmente destinado a proteger a productores de contenidos de acusaciones injustas. Por un lado, el intermediario debe notificar al proveedor de contenido sobre el pedido recibido de parte de un tercero. Por otro lado, quien reclama un derecho de propiedad intelectual sobre un contenido debe iniciar acciones legales contra el infractor: si no lo hace, el intermediario debe volver a subir el contenido cuestionado.

Este procedimiento está limitado pura y exclusivamente a violaciones de derechos de autor, que claramente son más simples de administrar que contenidos “difamatorios”. Para decirlo de otra manera, es más fácil identificar una foto sobre la que se tiene el derecho de reproducción que un contenido que afecta el honor de una persona.

Sin embargo, el procedimiento de la DMCA ha sido fuertemente cuestionado a pesar de las garantías procedimentales que contiene. Según un estudio de Urban y Quilter basado en la revisión de 514 pedidos dirigidos a Google, un tercio de esos pedidos contenían indicios de faltas graves que indican *a priori* que los reclamantes no tenían derecho a solicitar la eliminación de los *links* individualizados de los resultados de búsqueda. En ese sentido, Urban y Quilter detectaron que un 31 por ciento de esos pedidos presentaban defensas verosímiles de *fair use*⁵⁹, defensas sustantivas, o involucraban a materiales no sujetos a derechos de autor, como por ejemplo, recetas⁶⁰. Esto significa que incluso con procedimientos establecidos por el legislador para lidiar con los casos más claros de violación de derechos de autor, el sistema se presta a abusos.

Es útil detenerse un momento en el requisito de que quien pide la baja de un contenido demuestre intenciones de demandar a los autores materiales de la violación. Esta situación es radicalmente diferente a la planteada en la Argentina, donde los terceros interesados no muestran ningún tipo de interés en perseguir a los responsables de los efectos dañosos sino que se limitan a dirigir sus acciones contra los intermediarios.

Varios casos de Estados Unidos aplican los principios contenidos en esta legis-

baja la canción. 5. ISP1 le comunica a Alicia que bajó la canción. 6. Alicia ahora tiene la opción de enviar una contra-notificación a ISP1, si siente que la canción fue dada de baja injustamente. La nota incluye, entre otros datos, información de contacto, una declaración de buena fe bajo pena de prevaricato que diga que de buena fe cree que la canción fue bajada injustamente. 7. Si Alicia envía esa contra-notificación, ISP1 debe contactar a Roberto y esperar durante 10 a 14 días hábiles para que Roberto demande a Alicia ante un tribunal. 8. Si Roberto no lo hace, ISP1 debe volver a subir la canción al sitio en el que estaba. El mismo procedimiento se aplica para los motores de búsqueda, sólo que en vez de bajar un archivo que viola derechos de reproducción, deben eliminar el link en cuestión de sus resultados de búsqueda.

⁵⁹ “Fair Use” es una defensa que permite reproducir partes de ciertas obras sin permiso, cuando el objeto de esa reproducción sea la crítica, el comentario, reportar noticias, enseñar o usos académicos o de investigación.

⁶⁰ Jeniffer Urban & Laura Quilter, Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown notices under Section 512 of the Digital Millenium Copyright Act, 22 Santa Clara Comp. & High Tech. L. J. 621, 677 (2006).

lación. En el caso *Parker v. Google*, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito consideró que el lugar del buscador, al igual que el de los ISP (proveedores de Internet), es comparable al del dueño de una fotocopidora. “El dueño de una copiadora que la pone a disposición del público para que la use no es, sin más, responsable por violación de derechos de reproducción”⁶¹. En *Perfect 10 v. Amazon*, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito consideró que “proveer (...) instrucciones HTML no es equivalente a exhibir una copia”, ya que “las instrucciones HTML por sí mismas no causan que aparezcan las imágenes infractoras en la pantalla del computador del usuario. El navegador entonces interactúa con el computador que almacena la imagen infractora. Es esa interacción la que causa que una imagen infractora aparezca en la pantalla del computador del usuario”⁶².

Con respecto a los materiales considerados *difamatorios*, la legislación aplicable es la contenida en la sección 230 de la CDA, que prevé la inmunidad de los intermediarios ante reclamos en los que: (a) el demandado es proveedor o usuario de un “servicio de computación interactivo”; (b) la demanda trata a al demandado como si fuera el emisor de la información y (c) la información es provista por otro proveedor de contenidos. La protección, como puede verse, es prácticamente absoluta y busca evitar la confusión entre intermediario y emisor en la que incurren los tribunales argentinos.

Finalmente, cabe destacar que los resultados han sido considerados en algunos casos como *opiniones* subjetivas de las empresas. En ese sentido, en el caso *Search King v. Google*, la Corte de Distrito del Distrito Oeste de Oklahoma consideró que, en términos legales, los resultados que *Google* ofrece como respuesta a las búsquedas de los usuarios son la “opinión” de la empresa respecto a la relevancia de las páginas listadas en relación a los términos introducidos por el usuario. Siguiendo la opinión de la Suprema Corte en el caso *Milkovich v. Loraine Journal Co.*, el tribunal consideró en *Search King* que una “opinión sobre asuntos de interés público que no contiene una connotación sobre hechos probablemente falsos recibe total protección constitucional”⁶³. Si se siguiese el mismo criterio, la solución en el derecho local debería ser igual, más aún porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió, en el caso *Kimel vs. Argentina*, que una “opinión no puede ser objeto de sanción”⁶⁴.

Europa

En diversos países de Europa se han producido respuestas legislativas y judiciales tendientes a eliminar la responsabilidad de los intermediarios. A nivel comunitario, la Directiva Europea 2003/31/CE sobre comercio electrónico y la Directiva

⁶¹Parker v. Google, 10 de Julio de 2007, caso No. 06-3074.

⁶²Perfect 10 v. Amazon, 16 de Mayo de 2007.

⁶³Search King v. Google, 13 de Enero de 2003.

⁶⁴Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 93.

2001/29/CE sobre derecho de autor en la sociedad de la información, han procurado orientar a los miembros de la comunidad europea en la legislación sobre estos temas.

La DE 2003/31/CE exime de responsabilidad a los intermediarios por infracciones de cualquier tipo, ya que lo contrario podría “entorpecer el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia”⁶⁵. Establece tres *safe-harbors* o garantías de seguridad para evitar responsabilidad: de mera transmisión, de memoria *cache*⁶⁶ y de alojamiento de datos (*hosting*)⁶⁷.

El *Department of Trade and Industry* (DTI) del Reino Unido desarrolló recomendaciones para implementar la directiva europea en ese país, y consideró que “no es necesario” que los estados miembros extiendan “las previsiones de los artículos 12 a 14 de la Directiva para cubrir (...) servicios de herramientas de localización”⁶⁸. Sin embargo, el DTI también destacó que la Comisión recomendó extender en forma expresa la protección para mayor seguridad y certidumbre. Así lo hicieron muchos de los países que legislaron sobre el tema siguiendo la Directiva Europea mencionada.

En ese sentido, la ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico de España acoge un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información” (de la Directiva) e incluye expresamente a los motores de búsqueda en el artículo 17⁶⁹.

Siguiendo el criterio de esa ley, en el caso *Palomo c. Google*, una Corte de Pri-

⁶⁵Directiva 2003/31/CE, cdo. 40.

⁶⁶La información que se almacena en cache es información que se almacena automáticamente para responder mejor a la búsqueda de esa información cuando se reitera esa búsqueda. Se hace en forma transparente y automática para mejorar el funcionamiento y rendimiento de los sistemas.

⁶⁷Directiva 2003/31/CE, Art. 14 a 16.

⁶⁸Ver DTI Consultation Document on the Electronic Commerce Directive: The Liability of Hyperlinks, Location Tool Services and Content Aggregators, Junio de 2005, párr. 2.8.

⁶⁹Artículo 17. Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b. Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

mera Instancia de Madrid consideró que Google no era responsable por diseminar contenidos producidos por terceros⁷⁰. Se hizo referencia a legislación europea que tiende a considerar que no hay obligación de los intermediarios de Internet de supervisar dicho contenido. Si no existe “conocimiento actual”, la ley “exonera de responsabilidad” a los intermediarios.

Según el informe del DTI británico, las autoridades austríacas decidieron extender la protección en forma expresa debido a la “incierta situación legal de los hipervínculos en Austria” como consecuencia de varias decisiones judiciales que responsabilizaban a los intermediarios⁷¹. Portugal también extendió en forma expresa la protección a los motores de búsqueda, y lo mismo hicieron Hungría y Lichtenstein⁷².

Incluso en Inglaterra, una jurisdicción famosa por su jurisprudencia restrictiva en materia de libertad de expresión,⁷³ se resolvió no responsabilizar a los buscadores por los contenidos que son subidos por terceros. En el caso *Metropolitan International Schools (MIS) v. Google Inc.* el Juez Eady⁷⁴ consideró que:

“Cuando un pequeño extracto [de información] es arrojado a la pantalla de un usuario como consecuencia de su búsqueda, lo guía en la dirección de un contenido en algún lugar de la Web que corresponde, en menor o mayor medida, con los términos de búsqueda que él mismo ingresó. Depende de él acceder o no, según elija. Es de fundamental importancia tener en cuenta que [Google] no cumple ningún papel en la selección de los términos de búsqueda.”⁷⁵

Cabe destacar que en este caso, el magistrado comparó la función de Google (o, para el caso, cualquier buscador) con la de un bibliotecario que indexa el contenido de una biblioteca que contiene ciertos libros con contenido difamatorio. “No es realista atribuir responsabilidad por el contenido de esos libros al compilador del catálogo” de la biblioteca⁷⁶.

Un aspecto de la decisión que estimamos problemático es que acepta la posibilidad de que, en caso de que exista un sitio de Internet específicamente localizado, se pueda ordenar a Google la eliminación de ese vínculo específico. Una decisión de ese estilo violaría el derecho de defensa de los terceros productores de contenido y

⁷⁰Palomo c. Google Inc., decisión del 13 de Mayo de 2009, citada en MIS v. Google Inc., [2009] EWHC 1765 (QB), párr. 100.

⁷¹Ver DTI Consultation Document supra nota 63, párr. 4.2. La extensión se realizó a través de la reforma a la ley austríaca sobre Comercio Electrónico.

⁷²Ver DTI Consultation Document supra nota 64, párr. 4.4-4.6.

⁷³Ver al respecto Britain, a destination for “libel tourism”, New York Times, 20 de Enero de 2008, en <http://www.nytimes.com/2008/01/20/technology/20iht-libel21.1.9346664.html>

⁷⁴Nos parece útil destacar que el juez Eady se ha caracterizado por tener una visión extremadamente restrictiva de la libertad de expresión, y varias de sus decisiones fueron revocadas por la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁷⁵Metropolitan International Schools Ltd. v. Google, [2009] EWHC 1765 (QB), párr. 51.

⁷⁶Id., párr. 52.

afectaría el derecho de acceso a la información de los demás ciudadanos. De todas formas, y más allá de ese *obiter dictum*, la argumentación del juez británico destaca los problemas derivados de prohibiciones “genéricas” como las que se ordenan en las medidas cautelares de la mayoría de las causas interpuestas ante los tribunales argentinos.

“[Google] necesita tener una URL específica y no está en posición de establecer un bloqueo más efectivo de las palabras sobre las que específicamente se queja el actor sin, al mismo tiempo, bloquear una enorme cantidad de material que pueda contener algunas de las palabras que contienen el extracto de información ofensivo”⁷⁷.

Esto es así porque cualquier mecanismo que vaya más allá de restringir *sitios específicos* siempre se extiende más allá de lo estrictamente necesario. Si se prohíbe que determinados términos de búsqueda se vinculen con ciertos contenidos, la respuesta de los buscadores suele ser eliminar todos los resultados, punto sobre el que volveremos más adelante.

Finalmente, cabe destacar dos decisiones judiciales en Suiza y Holanda que rechazaron medidas amplias de censura como las que se han visto en la jurisprudencia argentina.

En el caso *Subotic v. Google Inc.*, un tribunal de primera instancia de Ginebra consideró que “ordenar a Google remover todos los vínculos pertinentes o la palabra clave “Stanko Subotic” significaría, según varias fuentes, una violación de la libertad de expresión e iría en contra de los resultados exhaustivos que todo motor de búsqueda quiere brindar. De hecho, aunque la mayoría de los autores y organizaciones citadas más arriba prevén algún tipo de deber de eliminar links bajo ciertas condiciones, también acuerdan, junto a esta Corte, que las condiciones [para que eso suceda] deben ser restrictivas”⁷⁸.

Finalmente, en el caso *Jensen v. Google Netherlands*, una corte holandesa consideró que *Google* no tenía responsabilidad por los contenidos de terceros que vinculaban el nombre de la actora con sitios de contenido sexual. “Google ha logrado probar con claridad que no tiene ningún tipo de relación o influencia sobre los contenidos de los vínculos a los sitios y con o sobre los contenidos de los sitios, que son automáticamente obtenidos como resultados de búsquedas luego de que [el usuario] ingrese, en este caso, los términos Jensen + Urmia + Brigitte”. Además, los jueces subrayaron el carácter “técnico, automático y pasivo” de los procesos involucrados (*crawling*, indexación y *ranking*)⁷⁹.

⁷⁷Id. párr. 57.

⁷⁸Ver *Stanko v. Google Inc.*, citado en *MIS v. Google Inc.*, supra nota 66, párr. 107.

⁷⁹Ver *Jensen v. Google Netherlands*, citado en *MIS v. Google Inc.*, supra nota 66, párr. 110.

V. Argumentos a desarrollar en la Argentina

En esta sección buscamos desarrollar argumentos con el objeto de modificar la tendencia jurisprudencial argentina que repasamos en la sección II. Nos concentraremos en dos argumentos. En primer lugar expondremos por qué las intervenciones gubernamentales sobre los intermediarios tienen un efecto silenciador equiparable a la censura. En segundo lugar desarrollaremos dos argumentos según se trate de medidas cautelares “genéricas” (aquellas que prohíben vincular el nombre de alguien con sitios con determinado contenido) o medidas “específicas” (relacionadas con la eliminación concreta de ciertos hipervínculos). Finalmente, mencionaremos los posibles efectos que la extensión de este tipo de medidas puede tener sobre la libertad de expresión en Internet, considerando las características estructurales de los buscadores y del llamado “mercado” de buscadores a las que hicimos referencia en la sección I.

El efecto silenciador de la intervención estatal

Como explica Kreimer, toda “acción gubernamental que interfiere efectivamente con la capacidad de los intermediarios (...) de dirigir la atención a emisores determinados vuelve a esos emisores tan incapaces de comunicarse con audiencias masivas como si fueran mudos e invisibles”⁸⁰. El efecto silenciador de este tipo de intervenciones puede explicarse en virtud del carácter descentralizado de Internet, al rol de *intermediario necesario* de los buscadores y los efectos concretos que las medidas cautelares tienen sobre ciertos emisores.

Como vimos en la sección I.2, Internet funciona de una forma radicalmente descentralizada: los contenidos están dispersos en distintos servidores y computadoras alrededor del mundo. Es un escenario que produce lo que H. Simon denominó un “déficit de atención” como consecuencia de un exceso de información⁸¹. Esta situación hace de los buscadores no una herramienta conveniente para encontrar información relevante en ese océano caótico, sino un *intermediario necesario* sin el cual es prácticamente imposible navegar Internet de una forma útil. Como explica Kreimer, la “organización de las comunicaciones por Internet depende de motores de búsqueda, *blogrolls*, fuentes RSS, hipervínculos y otros directorios para permitir a los usuarios navegar a través de la vasta cantidad de información disponible y repartir su limitada capacidad de atención”⁸².

Desde el punto de vista del *usuario*, el motor de búsqueda es una herramienta *fundamental* para acceder a la información disponible en Internet de la cual el usuario no tiene noción de su existencia. Desde el punto de vista del *emisor*, el motor de búsqueda es la principal vía para acceder a potenciales lectores. Como

⁸⁰Kreimer, supra nota 25, pág. 17.

⁸¹Ver supra nota 18.

⁸²Kreimer, supra nota 25 pág. 17.

señala Kreimer, la exclusión de los motores de búsqueda vuelve a los emisores invisibles.

Este esquema de flujos de información es profundamente democrático si se lo compara con los mecanismos de los medios tradicionales. Tanto el *emisor* como el *usuario* logran establecer una relación comunicacional en función de criterios uniformes para todos los que participan (en un carácter u otro) en el flujo informativo de la Web. Quien busca información en Internet tiene similares posibilidades de acceder a un gran emisor corporativo que a un pequeño emisor que sólo tiene un *blog* personal. Quien produce contenidos en Internet es capaz de competir en una situación de relativa igualdad con esos grandes emisores corporativos desde el sillón de su casa⁸³.

El efecto es nivelador hacia los dos extremos de la relación comunicacional. Este efecto democratizador en la transmisión del conocimiento es una de las grandes promesas de Internet, una promesa con la que los gobiernos deben colaborar para hacerla realidad.

Tal como lo señalamos en la sección I.3, los intentos gubernamentales por influir sobre los “puntos de control” de Internet son entendibles. Concentrar los esfuerzos sobre estos puntos nodales es la forma más efectiva y eficiente de monitorear los contenidos que circulan por una red descentralizada. Así lo hace el gobierno de China, por ejemplo. Sin embargo, lo que hacen las autoridades de ese país asiático no debería guiar a los magistrados argentinos en el desarrollo de una jurisprudencia respetuosa de la libertad de expresión y la democracia constitucional que sea acorde con los cambios tecnológicos que se encuentran en el centro de la Sociedad de la Información⁸⁴.

Los jueces argentinos, como veremos a continuación, no han comprendido en su mayoría el carácter descentralizado de Internet, ni el rol de intermediarios necesarios de los buscadores o los efectos que sus decisiones tienen sobre el debate de ideas en la red. Se hace necesario recordar, en este sentido, que de acuerdo a la jurisprudencia argentina, “la prohibición constitucional de censura previa configura

⁸³A pesar de los problemas estructurales señalados en la sección I.4 (que marcan cierta predominación de actores poderosos sobre actores pequeños) la situación es evidentemente superior en términos de pluralidad de voces y receptores si se la compara con el mundo previo al nacimiento y expansión de la Internet.

⁸⁴Es lamentable que en la causa Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, la jueza interviniente haya considerado que lo hecho por Google en China demuestra que las demandadas “cuentan con la posibilidad de establecer filtros en sus búsquedas” sin ningún tipo de análisis normativo respecto de las prácticas del gobierno chino (Ver Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, sentencia del 29 de julio de 2009, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 75). Desde este punto de vista, es sumamente valorable que, si bien con argumentos cuestionables desde el punto de vista de la aplicación de principios constitucionales, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil haya revocado esa sentencia y haya establecido que “el rol de los buscadores es facilitar a sus usuarios el acceso a páginas de Internet, que, en principio, presentan contenidos relacionados con la búsqueda realizada. [...] [Q]uien o quienes deciden el contenido que se carga en cada sitio web, es precisamente cada sitio.”

un aspecto de la libertad de expresión en que ésta adquiere el carácter de derecho absoluto”⁸⁵. La Corte Interamericana ha dicho que “cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión”⁸⁶.

En este sentido, el efecto silenciador que la presión del Estado sobre los intermediarios genera en relación a la expresión de miles de personas configura un supuesto que podría caracterizarse como censura previa.

Los efectos concretos de las medidas cautelares

Como vimos anteriormente, la intervención estatal en la Argentina se produjo, principalmente, a través de medidas cautelares. Las mismas configuran restricciones irrazonables sobre la libertad de expresión de terceros que reciben y emiten información. Desarrollamos este argumento a continuación, distinguiendo entre las medidas cautelares *genéricas* y las medidas *específicas*.

Medidas cautelares “genéricas”

Llamamos medidas cautelares genéricas a aquellas que ordenan a los buscadores que se eliminen los resultados de búsquedas que vinculen a los nombres de los actores con páginas de contenido sexual o pornográfico. En el caso *Mazza*, por ejemplo, los magistrados intervinientes consideraron que una medida cautelar anterior apuntaba a “excluir a la Sra. Valeria Mazza de páginas de internet con contenido erótico, pornográfico o de servicios de acompañantes.”⁸⁷ Este tipo de consideraciones pueden encontrarse también en los argumentos del caso *Unterubacher*⁸⁸, *Solaro*⁸⁹ y *Prandi*⁹⁰.

Esta clase de ordenes judiciales son problemáticas por varios motivos, el principal de los cuales es que son de imposible cumplimiento como consecuencia de la tecnología de los motores de búsqueda que fue explicada en la sección I.

Los motores de búsqueda tienen un *input* y un *output*. En el *input*, los usuarios introducen “términos de búsqueda” que, como se explicó en la sección I.1.2, son fundamentalmente indeterminados. Esto significa que, por ejemplo, si se ingresara en un buscador las palabras “Nicole” + “Neuman” + “sexo” (caso *Unteruber-*

⁸⁵Ponzetti de Bablín v. Editorial Atlántida, F. 301:1892 (1984), voto del juez Petracchi, cdo. 9.

⁸⁶Cfr. Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo”. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 70.

⁸⁷Mazza, Valeria Raquel c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, 18 de Junio de 2009.

⁸⁸Ver cdo. 4.

⁸⁹Ver cdo. 4.

⁹⁰Ver cdo. 3.

bacher), los listados de resultados que el buscador ofrecería como *output* serían muy variados. Los resultados podrían incluir vínculos con sitios que hacen un uso indebido y no autorizado del nombre de la conductora televisiva o de sus imágenes. Pero también incluirán información sobre el sexo de su bebé o sobre una entrevista que concedió en la que hizo referencia al tema “sexo”. La información puede no ser relevante, ni siquiera interesante, pero es sin dudas legítima.

Introduciendo esos términos se obtienen otros resultados de páginas que incluyen los tres términos introducidos y que nada tienen que ver con la demandante del caso *Unterubacher*. Los resultados son traídos a la atención del usuario por el simple hecho de que los términos introducidos están presentes en una página de Internet, quizás sin siquiera estar cerca el uno del otro. A través de una simple búsqueda en Internet detectamos, por ejemplo, que hay varias personas con el mismo nombre artístico seleccionado por la conductora argentina, personas que se volverían “invisibles” de aceptarse como legítimas las medidas genéricas ordenadas por los jueces argentinos⁹¹. Asimismo, incluso sería posible que los resultados excluyan páginas en donde se menciona a Nicole Neuman y se habla de sexo sin estar los contenidos relacionados uno con el otro. Un diario con contenido variado, por ejemplo, podría verse excluido de los resultados de búsqueda gracias a estas medidas cautelares genéricas e imprecisas. Al abarcar a todo el contenido del periódico, el efecto de silenciamiento alcanzaría además a los contenidos de verdadero interés público de ese medio que son esenciales para el debate público y la formación de una opinión pública informada. Estos ejemplos buscan, simplemente, mostrar la imposibilidad de cumplir con las órdenes judiciales en los términos genéricos en los que las mismas están redactadas sin que se ofenda, de manera inmediata, el derecho a buscar, recibir y publicar información. Reiteramos que esta imposibilidad es técnica: es producto de cómo funcionan los motores de búsqueda y el carácter indeterminado, en mayor o menor medida, del lenguaje. Los motores de búsqueda no pueden identificar “personas” o sitios Web que “hablen de esas personas”: se limitan a vincular términos de búsquedas necesariamente imprecisos y polisémicos con contenidos variados y cambiantes.

Debido a que estas órdenes son imposibles de cumplir, buscadores como *Yahoo* se ven obligados a eliminar *todos* los resultados ante la búsqueda de ciertos términos específicos. Así es como, si introducimos los términos “Valeria + Mazza”, “Julietta + Prandi” o “Soledad + Solaro” en *Yahoo Argentina* nos encontraremos con que la empresa se vio obligada a “suprimir temporalmente todos o algunos de los resultados relacionados con ésta búsqueda” debido a “una orden judicial solicitada por partes privadas”.

Para decirlo de otro modo: ante la imposibilidad técnica de cumplir adecuadamente con las órdenes judiciales, *Yahoo Argentina* optó por eliminar *todos* los resultados relacionados, afectando así a (a) el derecho a la información de todos los usuarios que buscan información legítima utilizando esos términos de búsqueda; (b) el de-

⁹¹En esta búsqueda en concreto ingresé las palabra Nicole + Neumann + Facebook.

recho a la libertad de expresión de miles de emisores que quieren emitir contenidos legítimos y (c) el derecho al debido proceso de todos los productores de contenidos que se ven invisibilizados en Internet debido a su exclusión de los buscadores sin haber sido parte del proceso que derivó en su exclusión⁹².

Al abarcar necesariamente más de lo estrictamente necesario, esta clase de medidas violan el principio de proporcionalidad que exige que, en materia de derechos constitucionales, las medidas que los limiten estén adecuadamente diseñadas para no restringir los derechos más allá de lo estrictamente necesario. En efecto, como lo han sostenido los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, las restricciones a la libertad de expresión deben ser *idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales* al fin legítimo que las justifica. Ello significa que las limitaciones al derecho a la libertad de expresión deben ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo imperioso que las justifican, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento y expresión⁹³. Las medidas cautelares “genéricas”, al ir más allá de lo necesario, no lo hacen.

Medidas cautelares “específicas”

Por medidas “específicas” entendemos a las ordenes judiciales que logran identificar ciertos sitios específicos y deciden que los mismos sean eliminados de los resultados de búsquedas. Si bien evitan los problemas de las medidas genéricas y no afectan a más emisores de los que es necesario, igual son problemáticas, ya que se invisibilizan a los emisores señalados por las medidas.

Además de ello, las medidas *específicas* son problemáticas porque afectan el derecho de defensa de los afectados y, por lo tanto, el debido proceso, ya que un juez no puede determinar que un contenido es *ilegítimo* sin convocar a esa parte a defenderse. Como detectaron Urban y Quilter en su análisis de las *take down notices* de los Estados Unidos (un sistema similar al que prevén las medidas cautelares específicas que mencionamos), esta clase de reclamos suelen ser problemáticos y extenderse más allá de lo necesario incluso en sistemas que prevén garantías

⁹²Para empeorar las cosas, los jueces argentinos han considerado que las medidas genéricas como las adoptadas por Yahoo no son reprochables. Por el contrario, han sostenido que las mismas cumplen acabadamente con la orden emitida (ver *Unterubacher c. Yahoo de Argentina S.R.L.* y otro, LL 16 de Julio de 2009, cdo. 5 in fine (argumentando que “la propia “Yahoo de Argentina S.R.L.” da cuenta de que en la actualidad no informa resultados al ingresar el nombre de la actora (cfr. fs. 884, punto III e impresión de fs. 883), por lo que la imposibilidad de cumplimiento alegada no es tal.”).

⁹³Corte I.D.H., Caso de Eduardo Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No.177, párr. 83; Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85; Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 123; Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46.

procedimentales⁹⁴.

El procedimiento de *take down notices* previsto en el DMCA de los Estados Unidos al que hicimos referencia en la sección III.1, es un procedimiento mucho más protector de la libertad de expresión que las medidas cautelares que dictan los jueces en la Argentina. Esto se explica por tres motivos principales. En primer lugar, el procedimiento se limita sólo a contenidos que violan derechos de reproducción (o *copyrights*), que son más fáciles de detectar y justificar que los contenidos meramente difamatorios. En segundo lugar, hay un procedimiento legal que exige convocar al tercero afectado⁹⁵. Y, finalmente, la ley exige que quien demanda la eliminación de un resultado de búsqueda o un hipervínculo inicie acciones legales en contra del *verdadero* infractor.

Como puede observarse, ninguno de los resguardos previstos en la DMCA (que de todas formas es problemática, como detecta el estudio de Urban y Quilter) se encuentran presente en las medidas cautelares dictadas por los jueces argentinos. Por el contrario, en la Argentina las medidas cautelares —genéricas y específicas— suelen ser el comienzo y el final de estos juicios, y los demandantes en estas causas no muestran ninguna intención de accionar contra los verdaderos responsables de los contenidos que ellos cuestionan. Esto es posible porque los jueces argentinos han confundido intermediarios con productores de contenido, afectando el derecho a la información de todos los usuarios argentinos de Internet.

El análisis limitado de la verosimilitud del derecho de una medida cautelar termina produciendo una restricción a un derecho constitucional de un tercero sin ningún tipo de garantías de que esa restricción sea revisada en el futuro, ya que el tercero no es convocado y es altamente improbable que quien pide la medida cautelar inicie una acción legal contra el responsable de la supuesta violación de sus derechos.

Finalmente, cabe destacar que ni las medidas cautelares “genéricas” ni las medidas “específicas” son realmente *idóneas* para conseguir el objetivo que persiguen. Por una simple limitación del alcance jurisdiccional de los jueces, basta con utilizar los servicios de búsqueda basados en otros países para vadear las prohibiciones de los jueces locales. Este es un argumento más para rechazar la validez de las medidas cautelares, ya que las restricciones a la libertad de expresión, además de necesarias y proporcionales, también deben ser *idóneas*.

Los posibles efectos generales de la jurisprudencia local

Finalmente, nos gustaría hacer referencia a los efectos que esta jurisprudencia puede tener sobre la libertad de expresión en Internet en la Argentina, así como la posible responsabilidad de los buscadores que ya se ha insinuado en alguna jurisprudencia de primera instancia que afortunadamente fue rechazada en apelación

⁹⁴Ver Urban y Quilter, *supra* nota 60.

⁹⁵Ver *supra* sección III.1., nota 54.

(caso *Da Cunha*). El análisis que pretendemos hacer se refiere a los efectos estructurales que la naciente jurisprudencia argentina podría tener sobre la libertad de expresión, basándonos en las características del mercado de motores de búsqueda descritas en la sección I.

Como hemos visto en la subsección anterior (IV.2.a.), las medidas cautelares *genéricas* han producido una reacción absolutamente exagerada de parte de una de las empresas demandadas, que decidió eliminar *todos* los resultados de búsqueda vinculados con los nombres de las demandantes.

Esto se debe, principalmente, a una cuestión de costos. Para la empresa con fines de lucro que maneja un motor de búsqueda, es más barato restringir en forma genérica que tomar medidas más específicas (que, de todos modos, demostramos son de imposible cumplimiento en los términos planteados por las medidas cautelares genéricas).

Kreimer lo explica en un texto ya citado que vale citar nuevamente *in extenso*.

“[S]i es más costoso distinguir entre expresiones protegidas y no protegidas, el censor por proximidad [en este caso, los buscadores] va a abandonar los esfuerzos por evitar errores y adoptará una política de auto-censura profiláctica que bloqueará cualquier contenido que pueda precipitar una amenaza de sanciones. Para estar seguro, cualquier perspectiva de responsabilidad u otra sanción puede tener un efecto inhibitorio, pero los intermediarios tienen un compromiso especialmente frágil para con el discurso que facilitan. En ambientes interconectados, las ganancias de un cliente marginal traen sólo una pequeña recompensa, un beneficio que puede ser fácilmente convertido en irrelevante mediante la amenaza de penalidades —o incluso por una amenaza de insatisfacción de parte de oficiales públicos. Siempre es más barato borrar a un sitio marginal que pagar abogados. De hecho, incluso si la imposición de una penalidad es poco probable y el valor absoluto previsible de una pérdida no es más grande que la ganancia previsible de mantener al cliente, el intermediario que busca evitar riesgos se verá inclinado a jugar a lo seguro abandonando al cliente riesgoso (. . .). Como muchos comentaristas han notado, en muchas situaciones un intermediario (. . .) no puede capturar el valor total del discurso, pero puede evitar responsabilidades potenciales simplemente declinando llevar discursos que puedan generar problemas.”⁹⁶

En este párrafo Kreimer identifica el problema principal de las intervenciones gubernamentales sobre los intermediarios del ambiente interconectado global que es la Internet. Este problema es, en última instancia, uno de políticas públicas. Tomando a la estructura del mercado de los motores de búsquedas como premisa, ciertas

⁹⁶Kreimer, *supra* nota 25, págs. 28-29.

actitudes gubernamentales (como responsabilizar a los intermediarios y ordenarles la eliminación genérica de resultados) producirán la respuesta menos costosa y eficiente de un intermediario poco comprometido con el discurso que facilita. Se podría llegar a esta conclusión aplicando modelos ideales basados en teorías de acción racional, pero es más simple considerar cómo reaccionó *Yahoo* ante ciertas órdenes judiciales que pretendían ser precisas pero eran genéricas en sus efectos concretos.

Este tipo de respuestas, como esperamos haya quedado claro en este trabajo, afectan los derechos constitucionales de los usuarios porque restringen el acceso a información legítima y silencian a productores de contenidos legítimos.

VI. Resumen y conclusiones

En la sección I hemos analizado el funcionamiento de los motores de búsqueda y las relaciones de flujos de información que los tienen como centro. También hemos explicado que el carácter descentralizado de Internet produce una enorme pluralidad de voces que genera un caos informativo. En ese contexto, los buscadores se convierten en *intermediarios necesarios* para navegar en forma útil el océano de información que es Internet. En el proceso, convierten a los receptores en buscadores *activos* de información, lo que es importante desde el punto de vista de la autonomía humana. Debido a su importancia fundamental, hemos procurado demostrar por qué los motores de búsqueda, en tanto que puntos nodales de la red, se vuelven blanco predilecto de cualquier esfuerzo censor. Finalmente, destacamos los problemas estructurales que el modelo de motores de búsqueda comerciales y concentrados plantea para una visión robusta de la democracia y del debate público.

En la sección II analizamos las decisiones de los tribunales argentinos en este tipo de controversias. Distinguimos entre casos que involucran a funcionarios públicos y figuras públicas. Si bien hay diferencias en los resultados, estimamos que los razonamientos de los jueces comparten un pecado original: confundir intermediarios con productores de contenidos y no analizar adecuadamente los efectos que sus decisiones tienen sobre el derecho a la información y a la libertad de expresión de los usuarios de Internet.

En la sección III exploramos distintas respuestas legislativas y judiciales a propuestas similares. Pudimos ver que las mismas, si bien no perfectas, van en la dirección contraria a la seguida por los jueces argentinos.

Finalmente, en la sección IV analizamos los argumentos concretos que se pueden desarrollar para cuestionar las decisiones de los jueces argentinos. Consideramos que esta clase de medidas tienen un efecto de silenciamiento que se puede equiparar a una censura prohibida por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales de protección de los derechos humanos firmados por Argentina. Asimismo,

señalamos que las medidas cautelares violan el principio de proporcionalidad que exige la jurisprudencia interamericana para considerar legítimas a las restricciones a la libertad de expresión y el debido proceso, elementos esenciales para el desarrollo de una sociedad democrática.

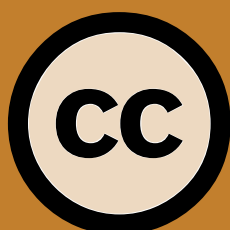
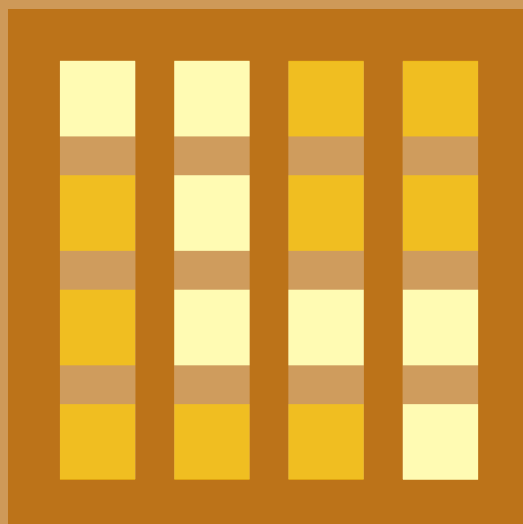
Internet es una gran promesa de democratización del conocimiento y la información. Esa promesa requiere de autoridades públicas comprometidas con la misma. Como vimos al analizar el derecho comparado de Estados Unidos y de diversos países de Europa, la tendencia en otras latitudes es contraria a la visión pobre y limitada mostrada hasta el momento por los jueces argentinos. La jurisprudencia argentina debería modificar esta tendencia, adoptando un camino más respetuoso de la libertad de expresión y más acorde con la realidad global del siglo XXI.

Índice

I. Introducción	1
II. Los Buscadores: Intermediarios Necesarios	2
Funcionamiento	2
Los buscadores y el derecho a buscar y recibir información	5
Más voces	6
Receptor “activo”	7
Los buscadores como objeto de censura	8
Los buscadores y los “prejuicios” estructurales. Posibilidades de regulación	9
Conclusión	12
III. Los conflictos legales en la Argentina	12
Casos de funcionarios públicos	13
Casos de figuras públicas	16
Casos de personas privadas	17
Conclusión (reenvío)	17
IV. Derecho Comparado	17
Estados Unidos	18
Europa	20
V. Argumentos a desarrollar en la Argentina	24
El efecto silenciador de la intervención estatal	24
Los efectos concretos de las medidas cautelares	26
Medidas cautelares “genéricas”	26
Medidas cautelares “específicas”	28
Los posibles efectos generales de la jurisprudencia local	29
VI. Resumen y conclusiones	31

Índice de figuras

1. Flujo de información en Internet. Adaptado de Grimmelmann, 2007. 3



Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada (by-nc-nd)
No se permite un uso comercial de la obra original ni la
generación de obras derivadas. Esta licencia no es una
licencia libre, y es la más cercana al derecho de autor tradicional.