

Dos reflexiones en torno a la responsabilidad civil de los motores de búsqueda en internet

Por Martín A. Frúgoli

I.- Introducción. Luego del encuentro científico generado en el seno de la Comisión N° 10 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que trató el tema “Daños generados en la actividad de internet”, nos inquieta manifestar dos breves reflexiones en torno a la mencionada temática. Esto es, lo referente a la *prevención de daños*, y a la postura minoritaria del *factor de atribución de los buscadores* que pretende sea *objetivo*.

II.- Prevención de daños bilaterales. Resguardo de dos derechos constitucionales. Al hablar de prevención, no es sencillo descubrir con precisión qué significado se le quiere otorgar a esta palabra. Por ello, existen varias manifestaciones con diferentes efectos que intentan aproximarse a esta idea, e ilustrar una concepción y sus efectos (en el mejor de los casos). Así, se ha hablado de un “principio general del derecho”, de una “función del derecho de daños”, de “función-relación” y “función-finalidad”, de “prevención especial” y “prevención general”, de “precaución” y “prevención”, entre tantas manifestaciones que existen en torno a este término.

No ingresaremos al debate de esta terminología a la cual hemos referido en trabajos anteriores¹. Pero sí creemos necesario afirmar qué es lo que se pretende prevenir en lo referente a la responsabilidad civil de los motores de búsqueda, ya que nos encontramos frente a dos derechos constitucionales que pueden verse afectados. Pues, por un lado se puede pretender prevenir el daño al titular del derecho a la imagen, privacidad y honor, y por otro lado se puede pretender prevenir el daño que se puede ocasionar al titular del derecho a la libertad de expresión e información.

En efecto, no es posible olvidar que la prevención (en cualquiera de sus manifestaciones), puede ser bilateral, es decir, muchas veces no actuar teniendo en cuenta la posibilidad de daños bilaterales podría implicar una prevención desigualitaria o unilateral. Dicho en otros términos, si “A” pretende ejercer su derecho a la libertad de expresión e información, y por medio de un buscador de internet logra obtener información (una imagen o noticias escritas) de “B”, “B” puede verse afectado en sus derechos personalísimos (honor, privacidad, imagen) y pretender restringir el derecho de “A”, el del buscador (“C”) y el de terceros (“D”). Entonces, ¿qué es lo que se pretende prevenir?, ¿acaso la prevención no es bilateral?, ¿no se trata de dos caras de una misma moneda?. En este sentido es que pueden existir daños bilaterales (o incluso multilaterales), por cuanto se puede ocasionar un daño resarcible a “A” ante el impedimento que “B” le impone restringiendo derechos tanto a “A”, como también a “C” y “D”. En esta línea, puede ocurrir que se pretenda invocar el mismo principio de prevención, tanto por parte de “A”, como también por parte de “B”, “C” y “D”. Esta es una muestra más entonces, que más allá de cómo se denomine al término “prevención” y de los efectos que se le quieran atribuir, lo cierto es que no puede dejar de desconocerse que el mismo puede tener aplicación multilateral, y ejercerse en busca equilibrada, tanto de un lado como del otro u otros. Mantener este alerta implicará ser cuidadoso en la aplicación y tratamiento (tanto teórico como práctico), de la prevención. Ya que en determinados casos podrá ser invocado tanto de un lado como del otro, y ello no impedirá su tratamiento y eventual ejecución.

Por lo tanto, si bien la aplicación óptima de la prevención podría en algún caso ser congruente con la mejora paretiana, esto es, con la mejora que no perjudique a otro u otros, en muchos otros casos la misma no podrá ser aplicada sin perjudicar a otro u otros, de allí entonces que se tendrá que ejercer la opción más favorable,

¹ FRÚGOLI, Martín A., “Hacia una equilibrada teoría general de la prevención. ‘El derecho de no daños’”. Propuestas para su concreción”, Jurisprudencia Santafesina, N° 102, Dir. PEYRANO, Jorge W., ps. 43 a 59, lamentablemente fueron suprimidas las notas de este trabajo por su extensión. Del mismo autor; “Daño Ambiental y los Principios Generales del Derecho de Precaución y Prevención. Reparación”, Revista Derecho y Cambio Social, Lima (Perú), N° 19 - año VI - 2009-2010, www.derechoycambiosocial.com; BOTTA, Federico A. – FRÚGOLI, Martín A., “Principios de Prevención y Precaución”, Ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán 2011. Comisión 3 de Derecho de Daños.

conforme a las circunstancias del caso, tanto para las partes como para toda la sociedad (efectos individuales y colectivos de una decisión).

III.- La insostenible teoría objetivista de la responsabilidad civil de los buscadores de internet. Si bien en Argentina no existe como en otros países la doctrina del *stare decisis*, lo cierto es que nuestra Corte Federal, en dos casos paradigmáticos² ha establecido lo que podríamos caracterizar como una “doctrina judicial consolidada” que indudablemente tendrá que ser aplicada por el resto de los tribunales inferiores, también en pos del principio de economía y celeridad procesal. Nos referimos a que en ambos casos mencionados, ha establecido con sólidos argumentos por qué desechó la posibilidad de aplicar un factor objetivo de atribución para los buscadores de internet. No obstante ello, en las mencionadas Jornadas se pronunció una postura minoritaria que pretende aun la aplicación del factor objetivo de atribución para los buscadores de internet.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo afirmado por la C.S.J.N. en los citados precedentes a los cuales no logra rebatir a la fecha, con profundidad, la doctrina del factor objetivo, tampoco esta postura permite mostrarnos hasta ahora, cómo haría posible la aplicación de esta doctrina en la práctica argentina. Y tampoco parece tener en cuenta el análisis consecuencialista³ de su postura. Veamos, de consagrar la aplicación de un factor de atribución objetivo a los buscadores de internet, nos resulta lógico sostener que;

a) Se impediría aumentar un deber de diligencia que exija cierta colaboración e investigación por parte de los buscadores, a fin de que logren acreditar las cuestiones fácticas y técnicas que impedirían su condena (más aun hoy con la disposición del art. 1735 CCC).

b) Se incentivaría una restricción a los derechos de libertad de información y expresión, porque ante la mínima duda el buscador intermediario de internet, o bien dejaría de operar en el país, o bien cargaría ciertos costos a consumidores, usuarios o publicistas, o bien limitaría fácilmente la información a la cual puede acceder hoy cualquier persona.

c) Se incentivaría la posibilidad de abusos y enriquecimientos incausados. Esto es, cualquier persona inescrupulosa podría poner en cabeza de un insolvente una página web dedicada a calumniar, injuriar y publicar imágenes privadas sin autorización, y, en connivencia con cualquier otro sujeto, podría iniciar un juicio contra el buscador que respondería en forma objetiva. Luego, se podrían repartir la indemnización ambos delincuentes, dado que el liviano sistema de responsabilidad objetiva les permitiría fácilmente generar múltiples de estos supuestos, con amplia posibilidad de éxito, aumentando así enriquecimientos sin causas justificadas, que en definitiva perjudicarían a toda la población argentina y aumentarían costos primarios, secundarios y terciarios (en los términos de Guido Calabresi en su obra “The Cost of Accidents”⁴).

IV.- Conclusiones. 1) La prevención es multilateral, y cuando no es posible prevenir un daño sin ocasionar otro, debe tenerse en cuenta esta característica a fin de resolver, conforme a las circunstancias del caso, qué derechos constitucionales serán priorizados, respecto de los demás. 2) La teoría del factor objetivo de responsabilidad de los buscadores de internet, no logra aun contrariar los argumentos sentados por la C.S.J.N. en las causas “Rodríguez” y “Da Cunha”, ni tampoco superar los eventuales resultados de un análisis consecuencialista en su aplicación.

² C.S.J.N., “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28 de octubre de 2014, Id Infojus: FA14000161., y C.S.J.N., “Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios”, 30 de Diciembre de 2014, Id Infojus: NV10123.

³ LORENZETTI, Ricardo L., “El análisis consecuencialista”, “Teoría de la decisión judicial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 209 a 246 y 377 a 399.

⁴ CALABRESI, Guido, “The Cost of Accidents. A legal and Economic Analysis”, Yale University Press, New Haven and London, 1970, ps. 26 a 31.