

1 **EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN - REPÚBLICA ARGENTINA**

2 **I. INTRODUCCIÓN**

- 3 1. La **OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE**, un programa de OPEN SOCIETY INSTITUTE (OSI),
4 organización no gubernamental internacional con sede en Nueva York, EE. UU. y con varias oficinas
5 alrededor del mundo, representada en esta ocasión por James Goldston, su director ejecutivo, con el
6 patrocinio letrado de Pablo Pejlatowicz (T° 110 F° 185, CPACF), manteniendo domicilio electrónico en
7 CUIT 20-31763914-8, y domicilio procesal físico, en autos caratulados: **“Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de**
8 **Argentina SRL s/ Daños y Perjuicios (Expte. N° 99620/2006)' Expte. D.561.XLVI de 2010**, a V.E. se
9 presenta y dice:

10 **Objeto**

- 11 2. Conforme la solicitud de publicación presentada el 13 de diciembre de 2013, la Open Society Justice
12 Initiative suscribe el presente escrito de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), en cumplimiento de la
13 Acordada de la Corte 07/2013.

14 **Hechos y proceso**

- 15 3. La actora, modelo y música argentina, demandó a Yahoo Argentina y a Google y les reclamó daños y
16 perjuicios y solicitó medidas cautelares contra los resultados de búsquedas en los cuales su nombre aparecía
17 asociado a enlaces (*links*) de diversos sitios webs eróticos y pornográficos que usaban su nombre y sus
18 fotografías sin su consentimiento. La actora sostiene que los dos motores de búsquedas mencionados arriba
19 son responsables de haber causado daño a su reputación, su privacidad y su derecho de imagen.
- 20 4. En julio de 2009, un tribunal de primera instancia falló en favor de la actora¹. En agosto de 2010, la Cámara
21 de Apelaciones revocó el fallo de primera instancia por dos votos contra uno². La mayoría entendió, de
22 acuerdo con los principios generales de la responsabilidad civil, que no debía considerarse a los motores de
23 búsqueda responsables, ya que la actora no logró probar la culpa de estos en relación con los contenidos de
24 terceros. Solo luego de que la presunta víctima notifica al motor de búsqueda de los enlaces que violan sus
25 derechos puede considerarse que tal motor es responsable.

II. FUNDAMENTOS DE ESTA PRESENTACIÓN

5. Este caso plantea temas fundamentales; por un lado, la libre circulación de ideas e información en Internet; por otro, la necesidad de proteger a las personas del daño resultante de las publicaciones online. Entendemos que esta es la primera vez que dichas cuestiones han llegado a esta Corte Suprema y que existe escasa jurisprudencia al respecto en Latinoamérica, en general.
6. Para asistir a esta Corte en su decisión, este escrito presenta una visión general del derecho comparado en la materia, en la Unión Europea (UE) y en los Estados Unidos de América (EE. UU.), así como argumentos tomados del derecho internacional de los derechos humanos y su jurisprudencia, incluida la Convención Americana de Derechos Humanos. Por razones de espacio, los países de la UE analizados serán solamente Alemania, España y el Reino Unido.
7. Esta presentación aborda las siguientes tres cuestiones principales: (a) el rol de los intermediarios y sus respectivos regímenes de responsabilidad civil en los EE. UU. y la UE; (b) si los motores de búsqueda deben ser considerados responsables de los contenidos que aparecen en sus resultados de búsqueda naturales; y (c) si los motores de búsqueda u otros intermediarios de Internet deben ser considerados responsables una vez que han tomado conocimiento del carácter ilegítimo de alguna publicación.

A. La función de los intermediarios de Internet

8. Los intermediarios de Internet, incluidos los motores de búsqueda, cumplen una importante función al facilitar el acceso a contenidos en línea. Por eso, las principales jurisdicciones, incluidos los EE. UU. y la UE, han adoptado regímenes especiales que exceptúan a dichos intermediarios de la responsabilidad editorial común aplicable en relación con los contenidos de terceros.
9. El desarrollo de Internet ha tenido un profundo impacto en las comunicaciones humanas y ha creado una plataforma que permite a miles de millones de personas alrededor del mundo acceder a una cantidad y diversidad de información e ideas sin precedentes, trascendiendo las fronteras³. Al mismo tiempo, Internet ha permitido y empoderado a la gente común para diseminar información y compartir sus ideas con una audiencia potencialmente global. En pocas décadas, los usuarios de todo el mundo han desarrollado una “significativa confianza en Internet como herramienta esencial para sus actividades diarias”⁴.

- 1 10. Varios organismos internacionales de derechos humanos, entre otros, han reconocido el potencial de
2 Internet para promover valores democráticos y han señalado que “[e]n vista de su accesibilidad y capacidad
3 de almacenar y transmitir grandes cantidades de información, Internet desempeña una importante función
4 para potenciar el acceso público a las noticias y facilitar la diseminación de información en general”⁵.
- 5 11. Las herramientas de búsqueda de información, como los motores de búsqueda, desempeñan una función
6 fundamental en el entorno en línea al permitir a los usuarios de la Web encontrar información relevante en
7 la “gigantebiblioteca” que es la *World Wide Web* y acceder a ella. En palabras de un reconocido autor: “sin
8 motores de búsqueda, Internet se convertiría en una interminable colección de blablablá digital sin sentido,
9 donde encontrar una pieza de información en particular sería como tratar de encontrar un grano de arena
10 específico en el Desierto del Sahara”⁶. Es difícil imaginar a un usuario de Internet promedio que no use
11 motores de búsqueda con regularidad. Recientemente, se informó que una breve interrupción en varios de
12 los servicios de Google de 10 minutos causó una caída en el tráfico global de Internet del 40%⁷.
- 13 12. Lo mismo puede decirse de otros intermediarios de Internet, un término genérico que refiere a varios tipos
14 de proveedores de servicios en línea que facilitan al usuario el acceso a contenidos y servicios de terceros.
15 Además de las herramientas de búsqueda de información, entre los intermediarios también figuran los
16 proveedores de servicios de Internet (ISP, por sus siglas en inglés) (que facilitan a los usuarios el acceso
17 físico a Internet), los servicios de alojamiento de datos o *hosting* (por ejemplo, aquellos que permiten a los
18 usuarios tener su propio *blog* o comprar espacio en los servidores, como es el caso de la plataforma de *blogs*
19 fotográficos Fotolog)⁸. Como las líneas telegráficas y telefónicas en el mundo predigital, los intermediarios
20 de Internet son esenciales para que los usuarios, se encuentren donde se encuentren, puedan conectarse,
21 comunicarse y acceder a la gran variedad de servicios que se ofrecen en línea.
- 22 13. Por estas razones, muchos países democráticos del mundo, incluida la UE y los EE. UU., han adoptado
23 marcos regulatorios especiales que limitan la responsabilidad penal y, particularmente, la civil de los
24 intermediarios de Internet por infracciones cometidas por sus usuarios o clientes sin ninguna participación
25 del intermediario (más allá de que hayan facilitado de manera pasiva la comunicación).

26 Los regímenes europeos y norteamericanos de responsabilidad de los intermediarios de Internet

- 1 14. *Estados Unidos*. Fue uno de los primeros países en adoptar legislación específica mediante el apartado 230
2 de la *Communications Decency Act* (Ley de Decencia en las Comunicaciones; CDA, por sus siglas en
3 inglés) de 1996⁹, que limita la responsabilidad de los proveedores y usuarios de “servicios informáticos
4 interactivos”¹⁰. En primer lugar, la ley establece la presunción de que “[n]ingún proveedor o usuario de
5 servicios informáticos interactivos podrá ser considerado editor (*publisher*) o titular de información
6 proporcionada por otro proveedor de contenidos”¹¹. En segundo lugar, otra disposición exceptúa a los
7 intermediarios de Internet de responsabilidad emergente de “cualquier acción voluntaria y de buena fe para
8 restringir el acceso” en relación con material objetable o ilegal¹².
- 9 15. Los legisladores estadounidenses invocaron tres razones para exceptuar a los intermediarios de Internet de
10 las reglas comunes de la responsabilidad editorial. Primero, debido al volumen y la naturaleza de las
11 comunicación online, el Congreso estadounidense temió que los intermediarios pudieran cometer actos de
12 “censura privada” sobre los contenidos de los usuarios en el caso que se los hiciera objetivamente
13 responsables por facilitar su publicación. Segundo, los legisladores tuvieron que enfrentar la siguiente
14 paradoja: cada vez que un sitio *host* iniciaba acciones voluntarias para intentar limitar comentarios
15 ofensivos, ello los hacía más propensos a que se considerara que habían ejercido control editorial de
16 acuerdo con la normativa tradicional del derecho consuetudinario (*common law*), creando, de esta manera,
17 un incentivo perverso para que los intermediarios no se autorregularan, cuando, en estos casos, la
18 autorregulación sería preferible a la regulación legislativa. Tercero, los legisladores también temían que
19 establecer la regla de responsabilidad objetiva para los intermediarios de Internet pudiera constituir un gran
20 obstáculo para la innovación digital, en parte porque las pequeñas plataformas o *start ups* (los futuros
21 motores de la revolución digital) carecerían de los recursos para asumir los eventuales costos de la
22 responsabilidad legal¹³.
- 23 16. Como consecuencia de la aplicación del apartado 230 de la CDA los intermediarios han quedado protegidos
24 de prácticamente cualquier pretensión relacionada con infracciones cometidas por terceros. La única
25 excepción es la responsabilidad por violación de derechos de autor, que se encuentra regulada por otro
26 cuerpo legal, la *Digital Millennium Copyright Act* (Ley del Milenio Digital para los Derechos de Autor;
27 DMCA, por sus siglas en inglés), que ha establecido un sistema de “notificación y retirada”, por el cual los

1 intermediarios solo están obligados a retirar el material infractor (bajo su control) luego de ser notificados
2 por su legítimo titular. La DMCA establece un minucioso procedimiento para la notificación y retirada, así
3 como para la contranotificación a quien realizó originariamente la publicación y eventual republicación del
4 contenido original.¹⁴

5 17. *Unión Europea*. Inspirada en razones similares, la UE adoptó la Directiva de Comercio Electrónico (ECD)
6 en el 2000, la que estableció “reglas armonizadas” para todos sus Estados miembros acerca de gran cantidad
7 de temas que afectan a las comunicaciones electrónicas, incluidas las “limitaciones de la responsabilidad de
8 los prestadores de servicios intermediarios”¹⁵. La Directiva es obligatoria para los Estados miembros; sin
9 embargo, estos mantienen cierto grado de discrecionalidad a la hora de decidir cómo implementar dichas
10 disposiciones al transponerlas a sus respectivos derechos nacionales.

11 18. La Sección 4 de la Directiva establece las principales exenciones a la responsabilidad aplicables a los
12 prestadores de servicios de intermediación, a las que divide en tres categorías independientes. El artículo 12
13 establece la exención legal de responsabilidad por la *mera transmisión* por cualquier servicio que consista
14 esencialmente en la mera transmisión de información de terceros, sin interferir de ningún modo con su
15 contenido (el modelo telefónico).

16 19. El Artículo 13 establece la *exención de memoria tampón (caching)* aplicable a los prestadores que
17 *temporariamente* almacenen información “con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión
18 ulterior” de la misma¹⁶. Varios prestadores, incluidos los motores de búsqueda, usan el *caching* por razones
19 de eficiencia, ya que es prácticamente imposible, por ejemplo, realizar una búsqueda de toda la *World Wide*
20 *Web* en tiempo real. Varios requisitos deben concurrir para que sea aplicable esta exención, entre ellos que
21 el prestador no “modifique la información”; a su vez, está obligado a actualizarla o removerla cuando así lo
22 requiera el *host* que la publicó en primer término o “un tribunal o una autoridad administrativa”¹⁷.

23 20. El Artículo 14 establece la *exención por alojamiento de datos (hosting)* por la que, con algunas reservas, se
24 exime de responsabilidad a cualquier prestador de servicios de alojamiento de datos cuando preste un
25 servicio “consistente en *almacenar* datos facilitados por el destinatario del servicio”, a condición de que
26 dicho prestador (a) “no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información (*sic*) es ilícita” y

1 (b) “en cuanto tenga conocimiento [...], el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o
2 hacer que el acceso a ellos sea imposible”¹⁸.

3 21. Otro principio central de la ECD, que complementa lógicamente las limitaciones de responsabilidad, es que
4 los intermediarios (incluidos los que prestan servicios de mera transmisión, memoria tampón y alojamiento
5 de datos) no se encuentran sujetos a ninguna “*obligación general de supervisar* los datos que transmitan o
6 almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen
7 actividades ilícitas”¹⁹.

8 22. Por último, debe destacarse que, a diferencia de lo que sucede con la DMCA de los EE. UU., la ECD no
9 especifica en detalle ningún procedimiento para la notificación y retirada de contenidos ilegales; ello queda
10 librado a la regulación nacional de cada Estado miembro.

11 **B. Los motores de búsqueda no son responsables por los contenidos de los resultados de búsqueda**
12 **naturales, incluidos sus fragmentos**

13 23. Los motores de búsquedas no son responsables por los contenidos de los resultados de búsqueda naturales
14 en ninguna de las jurisdicciones relevadas en esta presentación. En algunos de estos países a los operadores
15 de motores de búsqueda se les ha concedido el mismo grado de protección legal que a los prestadores de
16 servicios de alojamiento o de mera transmisión (de acuerdo con la definición de la ECD). En otros, donde su
17 categorización legal precisa es aún poco clara, los tribunales han extendido su inmunidad en relación con el
18 contenido de terceros que aparece en sus resultados de búsqueda naturales.

19 24. Los resultados de búsqueda naturales son los resultados generados por un motor de búsqueda en respuesta
20 directa a la solicitud de búsqueda de un usuario. Ello produce normalmente como resultado un listado de
21 hipervínculos a contenidos de terceros, seguido de un fragmento del contenido en el sitio web al que se hace
22 referencia (conocida como *snippet*). El resultado de búsqueda considerado difamatorio por la actora en el
23 caso de *marras* se refiere a los resultados de búsqueda naturales, que deben distinguirse de los hipervínculos
24 patrocinados que también aparecen como resultado de la solicitud de búsqueda de un usuario, como los
25 enlaces resaltados que se encuentran en la parte superior y a la derecha de los resultados naturales en
26 Google, y que aparecen etiquetados como “publicidad”.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

25. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece claramente que los motores de búsqueda gozan de la exención de responsabilidad prevista en la ECD, en relación con sus resultados de búsqueda naturales.
26. En *Google France v. Louis Vuitton*²⁰ la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que decidir si un motor de búsqueda podía ser considerado responsable de mostrar enlaces patrocinados que violaban las marcas y otros intereses comerciales de la prestigiosa marca francesa entre sus resultados. Si bien el caso no se refirió a los resultados de búsqueda naturales, sino a los resultados patrocinados, la sentencia del TJUE es ilustrativa para esta presentación.
27. El contenido ilegal en dicho caso tenía que ver con el uso de AdWords, un servicio de Google por el cual esta empresa vende palabras claves (*keywords*) a sus anunciantes; los avisos publicitarios aparecen cada vez que un usuario inicia la búsqueda de determinada palabra clave en su jurisdicción respectiva²¹. La primera cuestión sometida al TJUE fue determinar si los motores de búsqueda pueden ampararse en alguna de las exenciones de responsabilidad previstas en la ECD, teniendo en cuenta, como se dijo más arriba, que la ECD no regula expresamente la responsabilidad de los motores de búsqueda. De acuerdo con el considerando 42 del preámbulo de la ECD, el TJUE consideró que un motor de búsqueda (o cualquier otro “prestador de servicios de la sociedad de la información”) se beneficia de la limitación de responsabilidad de acuerdo con la ECD si sus actividades son “de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva”, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada²².
28. El TJUE determinó que un motor de búsqueda no pierde su carácter de intermediario protegido en virtud de la ECD, por el hecho de realizar actividades lucrativas o por establecer las condiciones de la publicidad paga. Asimismo, el hecho de operar un sistema de palabras claves no significa “de por sí” que el motor de búsqueda tenga control sobre los datos ingresados a su sistema por parte de los anunciantes o alojados en la memoria de su servidor. El TJUE comparó dichas acciones con la (eventual) función desempeñada por un motor de búsqueda “en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace patrocinado” o en la elección de las palabras claves, lo que *podría* significar algo más que una intermediación neutral o pasiva²³.

1 29. Dicho razonamiento demuestra que la función que desempeñan los motores de búsqueda en relación con sus
2 resultados de búsqueda naturales merecen, en principio, la protección que la ECD otorga a los
3 intermediarios de Internet, tomando en consideración que, por su propia naturaleza, los resultados de
4 búsqueda naturales se acercan más a una actividad “meramente técnica, automática y pasiva” que a la venta
5 (automatizada) de publicidad por palabras claves por parte del motor de búsqueda. En una búsqueda natural,
6 los resultados se determinan de acuerdo con el criterio de búsqueda del usuario, y el contenido dentro de
7 dichos resultados (*snippets*) es provisto por terceros, mientras que la actividad del motor de búsqueda es
8 esencialmente proporcionar un servicio de catalogación.

9 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

10 30. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no ha resuelto ningún caso que tenga directamente que
11 ver con la responsabilidad de los motores de búsqueda. Sin embargo, en su jurisprudencia podemos hallar
12 clarificaciones útiles sobre la naturaleza de los hipervínculos, que son lo que, en esencia, muestran los
13 resultados de búsqueda.

14 31. En *Swiss Raelian Movement v. Switzerland*²⁴ el TEDH tuvo que revisar la negativa de las autoridades
15 policiales locales de otorgar permiso para una campaña de anuncios en espacios públicos promoviendo un
16 “mensaje de los extraterrestres” en los que se incluía la dirección al sitio web del anunciante. La Gran Sala,
17 en fallo dividido (9-8), decidió que no había violación del Artículo 10, puesto que la expresión bajo análisis
18 se “ asemejaba al discurso comercial” en un espacio público²⁵.

19 32. En varios de los votos en disidencia conjuntos, los jueces resaltaron que el sitio web del movimiento en
20 cuestión no había sido prohibido²⁶. En lo que respecta al hipervínculo que llevaba al sitio de clonación, tres
21 de los jueces que votaron en disidencia argumentaron que la persona que hace clic sobre el hipervínculo
22 “debe tomar una cantidad de decisiones independientes” y que atribuir responsabilidad a quien proporciona
23 el enlace requiere un “cuidadoso análisis”.

24 “Una referencia no indica patrocinio ni identificación... Caso contrario la persona que refiere estaría
25 obligada a distanciarse cada vez que lo hace, lo que impondría una pesada carga a la libertad de
26 expresión en Internet. Un hipervínculo claramente facilita la diseminación de una idea... pero no

1 cualquier diseminación da origen a responsabilidad. Como sostuvo la Corte Suprema de Canadá en un
2 caso por difamación, los hipervínculos son esencialmente diferentes de la publicación y, en sí mismos,
3 neutrales con respecto al contenido. Como las citas, los hipervínculos comunican la existencia de algo
4 pero, en sí mismos, no comunican ningún contenido (*Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47)²⁷.

5 33. Alemania. Reciente jurisprudencia de la Corte Suprema Federal Alemana (*Bundesgerichtshof*, BGH) ha
6 zanjado la cuestión de la responsabilidad civil de los motores de búsqueda por los resultados de búsqueda
7 naturales, estableciendo que no les cabe responsabilidad alguna. La ley alemana que transpone la ECD no
8 contiene ninguna disposición específica referida a los motores de búsqueda o a los hipervínculos, con lo
9 cual se deja su situación jurídica abierta a interpretación. En dos casos referidos a infracciones a derechos de
10 autor, conocidos como *Vorschaubilder I* y *Vorschaubilder II*, un fotógrafo demandó a Google por, entre
11 otras cosas, violar su derecho de autor alegando que las fotos que había tomado de una celebridad alemana y
12 publicado en su sitio web aparecieron como imágenes en miniatura (*thumbnails*) en una búsqueda realizada
13 con el buscador de imágenes Google Images.²⁸

14 34. *Vorschaubilder I* se decidió primordialmente de acuerdo con los derechos de autor, en particular, la doctrina
15 del consentimiento implícito²⁹. Es importante destacar, sin embargo, que la BGH también señaló que,
16 incluso si el fotógrafo no hubiera prestado consentimiento implícito a tal reproducción, Google estaría, de
17 cualquier modo, exento de responsabilidad de acuerdo con el artículo 14 de la ECD (exención por
18 alojamiento de datos) porque la búsqueda de la imagen fue una actividad meramente técnica, automática y
19 pasiva que produjo resultados sobre los que Google no tenía ningún control ni podría haber tenido
20 conocimiento previo alguno. De acuerdo con los términos de la Directiva, Google solo podría ser hallado
21 responsable por violación del derecho de autor si, una vez que toma conocimiento del contenido ilegal, no
22 hace nada para removerlo de manera expeditiva. La BGH invocó en forma explícita el razonamiento del
23 TJUE en el caso *Louis Vuitton*.

24 35. *Vorschaubilder II*³⁰ fue decidido un año más tarde, y reafirmó e incluso fue más allá del antecedente
25 *Vorschaubilder I*. La BGH remarcó que, como los resultados de las búsquedas de imágenes de Google se
26 realizan de modo pasivo y automáticamente, no puede distinguir con certeza las imágenes que fueron
27 publicadas por los legítimos titulares de derechos de autor de aquellas publicadas por terceros sin

1 autorización. Además, el legítimo titular de derecho de autor no queda desprotegido ya que siempre tiene la
2 opción de iniciar acciones legales contra el infractor.

3 36. La lógica de la BGH se aplicaría aún con más fuerza al caso de marras, ya que las acciones por derechos de
4 autor suelen ser menos complejas desde el punto de vista legal y menos controvertidas desde el punto de
5 vista constitucional que las acciones por difamación o de derecho privado.

6 37. España. El parlamento español ha implementado la ECD extendiendo expresamente la *exención por*
7 *almacenamiento de datos* también a los motores de búsqueda; por lo tanto, estos se encuentran exentos de
8 responsabilidad por infracciones de terceros³¹. Además, España ha incorporado una definición estricta de
9 “conocimiento efectivo”, disparador de la obligación de los intermediarios de Internet para limitar el acceso
10 al contenido infractor de manera expeditiva. En general, se requiere la declaración de que la publicación es
11 ilegítima por un “órgano competente” o por un órgano capaz de obligar al intermediario a remover dicha
12 información³².

13 38. Un caso similar al de marras fue decidido por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid en *Palomo c.*
14 *Google Inc.*³³. La actora demandó a Google alegando que este era responsable por mostrar, en los resultados
15 de búsqueda naturales, hipervínculos a sitios con contenidos que difamaban a la actora. El juzgado
16 madrileño rechazó el reclamo de Palomo, basándose en la corriente europea de no imponer al intermediario
17 ninguna obligación general de supervisar la legalidad de las comunicaciones que facilita. Ante la ausencia
18 de conocimiento efectivo, según la definición de arriba, el derecho español “exonera de responsabilidad” a
19 quienes ofrecen servicios de intermediación en Internet.

20 39. El fallo de primera instancia fue confirmado en alzada por la Audiencia Provincial respectiva. La Audiencia
21 Provincial clarificó el requisito de “conocimiento efectivo” y estableció que solo la notificación a Google de
22 una sentencia judicial en la que se determinara que el contenido en cuestión era ilegal hubiera podido poner
23 al motor de búsqueda en “conocimiento efectivo”, de acuerdo con el derecho español y, en consecuencia,
24 obligarlo a remover el contenido infractor.³⁴

- 1 40. Reino Unido. Los tribunales británicos han mantenido que los motores de búsqueda no son responsables
2 por los resultados de búsqueda naturales y que tampoco pueden ser considerados editores (*publishers*) del
3 contenido de terceros que aparece allí.
- 4 41. En la ley que transpone la ECD el Reino Unido no se ha establecido ninguna disposición específica respecto
5 de los motores de búsqueda³⁵. En cuanto al conocimiento efectivo, la regla 22 de la ley establece que “para
6 determinar si un prestador de servicios posee conocimiento efectivo a los fines de [aplicar las exenciones de
7 memoria tampón y de alojamiento de datos], el tribunal deberá tomar en cuenta todo aquello que parezca
8 relevante dadas las circunstancias del caso”, como por ejemplo si el prestador de servicios ha recibido algún
9 reclamo de una parte agraviada de acuerdo con los procedimientos establecidos a tal fin por la normativa.
- 10 42. El caso más relevante en el Reino Unido a la fecha es *Metropolitan v. Designtecnica and Google, Inc.*³⁶
11 decidido por el Tribunal Superior de Justicia (*High Court of Justice*) de acuerdo con principios de derecho
12 consuetudinario (*common law*) y no de acuerdo con la ECD³⁷. Como en el caso de marras, la actora alegó
13 que Google era responsable por los comentarios difamatorios contenidos en el sitio web de un tercero
14 (*Designtecnica*), que aparecían en los fragmentos (*snippets*) de los resultados de búsqueda naturales cada
15 vez que se solicitaba una búsqueda usando el nombre de la actora.
- 16 43. El Tribunal británico decidió que Google no era responsable por los contenidos difamatorios cuestionados
17 porque los motores de búsqueda no pueden ser considerados editores de tales contenidos de acuerdo con los
18 principios del derecho consuetudinario³⁸. En primer lugar, el Tribunal entendió que la búsqueda en Google
19 “no requiere la intervención de ningún agente humano” ya que se trata de una acción pasiva llevada a cabo
20 por “robots que recorren la red (*web crawling robots*)”. El Tribunal comparó el proceso de búsqueda en
21 línea con “una búsqueda llevada a cabo en una extensa biblioteca convencional”, donde el motor de
22 búsqueda cumple meramente “la función de un facilitador”³⁹.
- 23 44. En segundo lugar, el Tribunal se refirió a la cuestión del control y señaló una importante diferencia entre
24 motores de búsquedas y prestadores de servicios de alojamiento tradicionales que, directamente, almacenan
25 contenido ilegal en sus propios servidores. A diferencia de estos últimos, no es posible para los motores de
26 búsqueda “con solo apretar un botón, asegurarse de que las palabras ofensivas no vuelvan a aparecer en un
27 fragmento de una búsqueda” puesto que “carecen” de control sobre los términos de búsqueda que ingresarán

1 los usuarios en el futuro”⁴⁰. Como Google no puede ser considerado un (re)editor de contenidos de terceros,
2 no puede decirse que esa empresa haya “autorizado o consentido” la repetida aparición del fragmento
3 difamatorio en sus resultados de búsqueda⁴¹. En consecuencia, los motores de búsqueda no pueden ser
4 responsables por fragmentos difamatorios de acuerdo con el derecho consuetudinario ni siquiera luego de
5 haber sido informados de la existencia de tales contenidos⁴². La notificación o conocimiento efectivo no
6 cambia en absoluto la naturaleza de la responsabilidad de los motores de búsqueda.

7 45. Estados Unidos. Los intentos por circunvalar la disposición del apartado 230 de la *Communications*
8 *Decency Act* (CDA), que otorga a los intermediarios en línea inmunidad total por las publicaciones de
9 terceros (salvo en los casos de violación de derechos de autor)⁴³, prácticamente no han prosperado en los
10 EE.UU. Los motores de búsqueda no son la excepción. En *Parker v. Google, Inc.*⁴⁴ un tribunal federal de
11 distrito determinó que Google no era responsable de archivar y almacenar copias temporales (*caching*) de
12 comentarios difamatorios sobre la actora que habían sido publicados en el sitio web de un tercero⁴⁵. Citando
13 una pacífica línea jurisprudencial el tribunal determinó que la “intención [del apartado 230] es impedir que
14 los tribunales se ocupen de acciones judiciales que pretendan equiparar la situación de un motor de
15 búsqueda a la de un editor” y, por lo tanto, Google es inmune a los “reclamos del los Estados por ilícitos
16 civiles”, ya sea por difamación o por invasión de la privacidad.⁴⁶

17 46. En *Parker* se analizaron las funciones básicas del sistema de búsquedas, como las de archivo y copias
18 temporales (*caching*) en relación con los resultados de búsqueda naturales; otras funciones más avanzadas
19 de los motores de búsquedas por Internet también fueron eximidas de responsabilidad civil. En *Goddard v.*
20 *Google, Inc.*⁴⁷ un tribunal federal de distrito determinó que Google no era responsable por el contenido
21 generado por su Keyword Tool, que, supuestamente, “emplea(ba) un algoritmo para sugerir palabras claves
22 específicas”, como “*ringtone* gratuito”⁴⁸. La actora sostuvo que Google conocía o debería haber conocido
23 que la Keyword Tool generaba términos que “contribuían materialmente” a cometer fraude en el negocio de
24 suscripción de servicios de telefonía móvil⁴⁹. Sin embargo, el tribunal entendió que el mero conocimiento
25 no era suficiente. El tribunal sostuvo que la “Keyword Tool [era] una herramienta neutral”⁵⁰, aun cuando
26 Google era “consciente del fraude en el negocio de suscripción de servicios de telefonía móvil y, no
27 obstante, sugería repetidamente el uso del término “*ringtone* gratuito”⁵¹, la KeywordTool no hizo otra cosa

1 que “dar opciones a los anunciantes, las que podían ser aceptadas o rechazadas por estos
2 discrecionalmente”⁵².

3 Conclusión. Las mayor parte de las jurisdicciones analizadas en esta presentación, por lo menos, han
4 eximido a los operadores de motores de búsqueda de responsabilidad civil por el contenido de terceros que
5 pueda aparecer *en sus resultados de búsqueda naturales*. Esta posición surge, mayormente, como
6 consecuencia del reconocimiento que los operadores de motores de búsqueda no están sujetos a una
7 obligación general de supervisar la legalidad del universo de información que existe en línea y ellos
8 indexan, obligación que, de cualquier manera, sería una empresa prácticamente imposible. Los jueces y
9 legisladores también han reconocido los graves efectos adversos que tendría establecer un régimen de
10 responsabilidad objetiva para los motores de búsqueda sobre la capacidad de los usuarios para acceder a la
11 inconmensurable riqueza de ideas e información que circulan por Internet y aprovecharla.

- 12 47. Los titulares de mandatos internacionales especializados sobre la libertad de expresión han llegado a la
13 misma conclusión, considerando las búsquedas en Internet como actos de “mera transmisión”(*mere*
14 *conduit*)”.

15 “Nadie que solamente proporcione servicios técnicos de Internet, tales como acceso, búsqueda,
16 transmisión o copias temporales de información, debe ser hecho responsable por el contenido generado
17 por terceros que es distribuido a través de dichos servicios técnicos, siempre y cuando no intervengan en
18 la creación de dicho contenido ni rechacen obedecer una orden judicial de removerlo, teniendo la
19 posibilidad de hacerlo (*principio de mera transmisión*)”⁵³.

20 **C. La notificación, ¿debería responsabilizar a los motores de búsqueda u obligarlos a remover**
21 **contenidos?**

- 22 48. Un segundo tipo de cuestionamientos que surgen del caso bajo análisis pasa por determinar si los motores
23 de búsqueda podrían ser potencialmente considerados responsables por la publicación continuada de
24 contenidos luego de que la parte agraviada haya notificado la supuesta existencia de contenidos ilegales de
25 terceros en sus resultados de búsqueda.

- 1 49. Para responder a esta difícil pregunta, para la cual no existe consenso en el derecho comparado, debemos
2 empezar por describir, en primer lugar, los regímenes aplicables y los principales criterios que han
3 desarrollado jueces y legisladores en la UE y los EE. UU. En la segunda parte de esta sección analizaremos
4 cómo los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos deberían aplicarse a este
5 tema, en atención a la escasez de antecedentes jurisprudenciales internacionales en la materia.
- 6 50. Unión Europea. En países de la UE para determinar si un motor de búsqueda es responsable por la continua
7 aparición de resultados y enlaces a un determinado sitio luego de que se haya notificado que,
8 supuestamente, se trataría de contenidos ilegales, habría que determinar lo siguiente: primero, cómo la
9 legislatura nacional o un tribunal nacional que entiende en una causa específica califican la naturaleza de la
10 actividad u operación del motor de búsqueda; segundo, qué tipo de notificación (u otra prueba de la toma de
11 conocimiento del contenido ilegal) se requiere.
- 12 51. De acuerdo con la ECD, las actividades de un motor de búsqueda pueden ser clasificadas como (a) de mera
13 transmisión lo que incluye a las copias temporales (memoria tampón), (b) de alojamiento, (c) u otras
14 actividades distintas. Los servicios de mera transmisión y de memoria tampón no se encuentran alcanzados
15 por la obligación de remover contenidos de acuerdo con la ECD; por lo tanto, en principio, no se generaría
16 responsabilidad alguna, ni siquiera si mediara notificación. Los prestadores de servicios de alojamiento de
17 datos pueden ser hechos responsables solo luego de tomar “conocimiento efectivo” de la ilegalidad del
18 contenido, a menos que actúen “con prontitud” para limitar el acceso a los contenidos ilegales.⁵⁴
19 Finalmente, si una autoridad nacional competente decide que las operaciones de un motor de búsqueda no
20 quedan comprendidas en ninguna de las tres categorías de exenciones establecidas por la ECD, podrá
21 aplicar las reglas comunes de responsabilidad civil por publicación o distribución ilegal.
- 22 52. Hay otras dos cuestiones importantes que tienen que ver con la responsabilidad posterior a la notificación: la
23 primera es qué debe entenderse por “conocimiento efectivo” y la segunda los requisitos que debe contener
24 la notificación (privada o a instancias de parte). La praxis en los Estados miembros de la UE no es uniforme
25 en relación con estos dos puntos⁵⁵, si bien pueden identificarse algunos de los factores clave que los
26 tribunales europeos toman en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad posterior a la notificación.

- 1 53. *Conocimiento efectivo*. Si se considera que un motor de búsqueda ha actuado como un prestador de
2 servicios de alojamiento de datos en un caso concreto, de acuerdo con la ECD, el próximo paso será
3 determinar si obtuvo “conocimiento efectivo” del contenido ilegal (y cuándo ocurrió eso). La ECD no
4 define el concepto de “conocimiento efectivo” y deja librada a los Estados miembros su interpretación.
- 5 54. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE ha clarificado un poco el tema acerca de qué debe entenderse por
6 “conocimiento efectivo”. El TJUE ha dicho que no cualquier notificación o reclamo por medios privados
7 será suficiente para generar conocimiento efectivo: “una notificación [privada] no determina
8 automáticamente que el operador pierda la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad [...] [del
9 prestador de servicios de alojamiento de datos]..., puesto que la notificación de la existencia de actividades o
10 contenidos supuestamente ilícitas puede resultar excesivamente impreciso o no encontrarse suficientemente
11 fundamentada”⁵⁶. El TJUE agregó que “tal notificación constituye, como regla general, un elemento que el
12 juez nacional debe tomar en consideración para apreciar... si [el prestador de servicios de alojamiento de
13 datos] tenía realmente conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador
14 económico diligente hubiera debido constatar ese carácter ilícito”⁵⁷.
- 15 55. Las notificaciones o medidas cautelares ordenadas por un tribunal u otra autoridad pública competente se
16 presumen generalmente suficientes para poner al prestador de servicios en conocimiento efectivo, de
17 acuerdo con lo previsto por la ECD. Como ya fue mencionado *supra* en el derecho español solo un “órgano
18 competente” puede poner en conocimiento a un intermediario en los términos de la ECD, lo que descarta
19 medios privados de notificación. En Portugal la ley también requiere que la notificación sea hecha por
20 autoridad judicial. En la práctica, pareciera que se ha desarrollado un sistema paralelo que permite, en forma
21 excepcional, la notificación extrajudicial exclusivamente para “contenidos manifiestamente ilegales”, tales
22 como pornografía infantil, racismo o terrorismo⁵⁸.
- 23 56. *Requisitos de la notificación*. Entre los países en los que se considera que la notificación *privada* es
24 suficiente, la mayoría de ellos, incluidos Francia y el Reino Unido, determinan los requisitos para que la
25 notificación pueda constituir “conocimiento efectivo”. En Francia, para que una notificación sea válida esta
26 debe incluir el nombre completo del remitente, la fecha y la localización precisa del contenido ilegal, así
27 como también los fundamentos legales del reclamo⁵⁹. Estos requisitos tienen por objeto desincentivar

1 reclamos frívolos o abusivos y permitirles a los intermediarios tomar una decisión informada en relación
2 con la remoción del contenido.

3 57. Los requisitos de la notificación pueden ser aún más exigentes en los casos en que se requiera el retiro de
4 contenidos en situaciones especiales, como por difamación. Una nueva ley antidifamación aprobada
5 recientemente en Inglaterra y Gales regula la responsabilidad de los operadores de sitios web “en relación a
6 declaraciones publicadas en un sitio web”. Los operadores de sitios web solo serán responsables en relación
7 con contenidos de terceros si (a) “no fue posible para el reclamante identificar a la persona que publicó la
8 declaración” y (b) el operador no hizo nada luego de la notificación del reclamo⁶⁰. Los extremos que debe
9 reunir la notificación han sido desarrollados por el Ministerio de Justicia, que ha publicado un borrador de
10 reglas antidifamación para operadores de sitios web en 2013.⁶¹ De acuerdo con el apartado 5 de la ley y con
11 el borrador de las reglas, el reclamante por un tema de difamación deberá incluir varios elementos
12 específicos al notificar del reclamo al operador del sitio web⁶².

13 58. Estados Unidos. La inmunidad total otorgada a favor de los intermediarios de Internet en los términos del
14 apartado 230 de la CDA, exceptuados los casos de violación de derechos de autor, no se ven afectados ni
15 están sujetos a notificación alguna por la parte agraviada⁶³. Como se señaló anteriormente, un régimen legal
16 diferente rige la responsabilidad de los intermediarios en casos de infracción de derechos de autor de
17 acuerdo con la DMCA, que prevé una contranotificación a quien publicó el contenido originariamente, pero
18 solo luego de que este ha sido removido⁶⁴.

19 El problema de la "censura privada" y la necesidad de garantizar los derechos de los usuarios

20 59. La remoción de contenidos generados por el usuario (*user-generated content*) por parte de los
21 intermediarios de Internet a pedido de entes privados (personas físicas o jurídicas) tiene serias
22 implicancias en relación con la libertad de expresión en la era de Internet y con el riesgo de caer en casos de
23 “censura privada”. Tradicionalmente, los editores privados de medios y otros contenidos han gozado de
24 amplia libertad para decidir a quién publicar y qué publicar en sus plataformas. Ello se corresponde con un
25 régimen legal que, salvo algunas excepciones, los hace responsables por la legalidad de sus publicaciones,
26 incluidas las creadas por terceros.

- 1 60. La llegada de Internet ha cambiado en forma radical la relación entre un nuevo tipo de "editores"
2 (prestadores de servicios de alojamiento y operadores de distintas plataformas) y los proveedores y
3 consumidores del cúmulo de ideas e información que circulan en línea. Por un lado, la Web, en gran
4 medida, ha simplificado y democratizado la capacidad de grupos e individuos para diseminar cualquier tipo
5 de información y difundir sus ideas entre el gran público, con menores costos. Por otro lado, existe un nivel
6 de concentración del control sin precedentes que es resultado parcial del efecto red: mucha de la
7 información disponible hoy en día en Internet se encuentra alojada, localizada o, en última instancia,
8 controlada por un número relativamente pequeño de plataformas privadas internacionales o nacionales.
9 Estos nuevos "soberanos del ciberespacio" ejercen, al menos en teoría, un poder extraordinario en lo que
10 hace a la libre circulación en línea de contenido a nivel global. Lo mismo sucede con operadores más
11 pequeños, por ejemplo nacionales o locales, ya que la mayoría de las plataformas de publicación en línea
12 suelen estar controladas por un número discreto de operadores privados. Incluso los *bloggers* o
13 investigadores más leídos, los arquetipos del nuevo fenómeno llamado "periodismo ciudadano", deben
14 adquirir espacio en algún servidor dispuesto a alojar y mantener sus *blogs*⁶⁵.
- 15 61. El derecho internacional de los derechos humanos prohíbe o limita en gran medida las acciones
16 gubernamentales tendientes a prevenir que ideas e información lleguen al público en general en primer lugar
17 (censura previa). La Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere a ello con duros términos: "el
18 ejercicio del derecho [de libertad de pensamiento y expresión] no puede estar sujeto a previa censura"⁶⁶. Sin
19 embargo, en lo que respecta a Internet, los controles privados sobre los contenidos que se mantienen en
20 línea o son removidos (o hechos inaccesibles) son, al menos, tan importantes, y potencialmente tan
21 peligrosos, como la censura del gobierno.
- 22 62. La Convención Americana prohíbe, de manera específica, la interferencia, considerada una restricción al
23 "derecho de expresión por vías o medios indirectos", y prohíbe "el abuso de controles oficiales o
24 *particulares* de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la
25 difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la
26 circulación de ideas y opiniones"⁶⁷. Los servidores, la banda ancha y los *bytes* digitales son el papel prensa
27 del mundo moderno.

- 1 63. Léase esto en consonancia con el artículo 1(1) de la Convención, por el cual los Estados partes se
2 “comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno
3 ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. Una interpretación semejante del Artículo 13
4 requiere que los Estados adopten acciones positivas, a través de su legislación o de otros medios, para
5 prevenir y remediar situaciones en las que operadores privados arbitrariamente silencien a usuarios de
6 Internet.
- 7 64. Este principio general ha sido refrendado por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos
8 humanos. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha dicho que el artículo 19 del Pacto Internacional
9 de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés) “requiere que los Estados partes tomen
10 medidas para que las personas se encuentren protegidas ante acciones de personas o entes privados que
11 podrían restringir el goce de sus derechos de libertad de opinión y expresión, en la medida que los derechos
12 de este Pacto son susceptibles de ser aplicados a personas o entes privados”⁶⁸.
- 13 65. Un caso que, en la actualidad, se encuentra pendiente de resolución ante el TJUE aborda el tema de la
14 censura privada. El caso gira en torno al “derecho al olvido”. Un ciudadano español le reclama a Google
15 España que cese de publicar en los resultados de su motor de búsqueda un viejo artículo periodístico que
16 contiene información que no le favorece.⁶⁹ En junio de 2013 el Abogado General Jääskinen emitió sus
17 conclusiones⁷⁰ en las que decía que la publicación original era legítima y, por lo tanto, no era susceptible de
18 ser removida por la vía de “notificación y retirada” prevista por la ECD, que solo es aplicable a contenidos
19 ilegítimos. Y agregó: “... desaconsejaría al Tribunal de Justicia que declarara que estos intereses en
20 conflicto [entre el derecho a la libertad de expresión y la privacidad] puedan equilibrarse de modo
21 satisfactorio en cada situación concreta sobre una base casuística, dejando la decisión en manos del
22 proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet.”⁷¹.
- 23 66. Los derechos de libertad de expresión de los usuarios de Internet deben ser sopesados con cuidado frente a
24 los derechos de otros individuos así como también con los derechos de los operadores privados a realizar
25 negocios sin interferencias excesivas o irrazonables. La noción tradicional de “control editorial” no se
26 adapta bien al entorno de Internet. Por ejemplo, al considerar los hechos del caso de Marras, Google es tan
27 “editor” de sus resultados de búsqueda naturales como una biblioteca física lo es de los libros indexados en

1 su catálogo. Los regímenes que limitan la responsabilidad de los intermediarios de Internet en los EE.UU. y
2 la UE fueron adoptados precisamente para evitar que ellos se conviertan en los nuevos megacensores de
3 contenidos a nivel nacional o global. Para los intermediarios ello significa resignar (algo o mucho) de
4 control editorial a cambio de evitar la responsabilidad objetiva de los editores tradicionales.

5 67. *Debido proceso.* La remoción extrajudicial o la denegación de acceso a contenidos generados por el usuario
6 por parte de los prestadores de servicios en línea da lugar a serios planteamientos en cuanto al debido
7 proceso. Algunas autoridades, incluidos los titulares de mandatos especiales internacionales para la libertad
8 de expresión, han dicho que “los intermediarios no deberán... ser sometidos a reglas de remoción de
9 contenidos por la vía extrajudicial que no proporcionen una protección suficiente a la libertad de expresión
10 (que es el caso de muchas de las reglas de “notificación y retirada” que se aplican en la actualidad)”⁷².

11 68. El problema central es que los sistemas de remoción de contenidos extrajudiciales convierten a los
12 intermediarios en guardianes o árbitros de la legalidad de las expresiones existentes en línea, muchas veces
13 a través de decenas de jurisdicciones, lo cual constituye una gran responsabilidad para la cual no tienen ni la
14 preparación ni la confianza pública. Es un argumento de peso que dicha función corresponde a los
15 tribunales, a excepción de contenidos excepcionalmente dañinos y, sin lugar a duda, ilegales (como la
16 pornografía infantil) que podrían requerir soluciones más urgentes a efectos de impedir el acceso.

17 69. Para todos los demás conflictos que no caigan en esta última categoría, lo que incluye, en forma discutible,
18 muchos casos por difamación y violación de la privacidad, las cuestiones jurídicas resultantes son
19 demasiado complejas y los valores democráticos comprometidos demasiado importantes para dejarlos
20 librados a la censura privada. Ello sin perjuicio de que diferentes tipos de infracciones podrían requerir
21 diferentes mecanismos de remoción; lo que funciona para contenidos piratas o software malicioso puede no
22 necesariamente funcionar para casos de difamación, violación de la privacidad o amenazas al orden público.

23 70. Conclusión. Algunas de las jurisdicciones mencionadas en este informe, por ejemplo España y Portugal, han
24 adoptado por un régimen legal que, en general, requiere la autorización judicial para retirar contenidos en
25 línea. Entendemos que, de acuerdo con los principios de derecho internacional descritos *supra*, este sería el
26 régimen más apropiado para conflictos complejos que involucren garantías constitucionales, como la
27 libertad de expresión, a efectos de minimizar el riesgo de censura privada y permitirle a los tribunales

1 decidir esas cuestiones de suma importancia para una sociedad democrática. Podrían establecerse procesos
2 de revisión judicial especiales por vía expedita para neutralizar o minimizar daños ilegítimos a los intereses
3 del reclamante, cuando ello sea apropiado.

4 71. Otros países, por ejemplo el Reino Unido por difamación o los EE.UU. por infracciones a derechos de autor,
5 persiguen un enfoque sectorial y adoptan normas que permiten algún grado de remoción privada de
6 contenidos en línea, pero estableciendo salvaguardas para proteger los intereses de los usuarios y el legítimo
7 debate público. Dichas salvaguardas incluyen obligaciones de notificar a quien ha publicado
8 originariamente el contenido cuestionado y el derecho de dicha persona a objetar su retiro o a reclamar su
9 republicación. Siempre que exista un conflicto genuino acerca de la legalidad de un contenido, este debería
10 ser resuelto en sede judicial.

11 72. **CONCLUSIÓN.** Para concluir, muy respetuosamente sugerimos a esta honorable Corte Suprema que falle,
12 en consonancia con la posición cuasi unánime del mundo democrático, lo siguiente: (a) que los operadores
13 de motores de búsqueda no son responsables por los contenidos que aparecen en sus resultados de búsqueda
14 naturales; y (b) que ellos no deben estar sujetos a una obligación general de supervisar las comunicaciones
15 de terceros a efectos de prevenir la publicación de contenidos ilegales en el futuro.

16 73. Asimismo, entendemos, al menos en lo que se refiere a conflictos jurídicos complejos como los del caso de
17 marras, que los motores de búsqueda y otros intermediarios de Internet no deben estar *obligados* legalmente
18 a retirar (o impedir el acceso) a contenidos de terceros hasta tanto lo ordene un tribunal judicial. Como
19 alternativa, si se estableciera la obligación de retirar contenidos luego de recibido una demanda o
20 notificación de parte, esta obligación debería ejercerse junto con sólidas garantías substantivas y procesales
21 para proteger adecuadamente a los usuarios y a la comunidad en general de los daños que pudiere causar la
22 censura privada. Idealmente, semejante sistema debería tener su sustento en la ley, en ausencia de la cual, la
23 primera sugerencia (inexistencia de obligación de retirar contenidos) debería ser preferible.

24
25 James A. Goldston, Director Ejecutivo.

26 10 de marzo 2014

¹ Juzgado Nacional de 1.ª Instancia en lo Civil n.º 75 del 29 de julio de 2009.

² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sentencia del 10 de agosto de 2010.

³ Véase *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, en 853 (“La Web es...comparable, desde la perspectiva de los lectores, tanto a una vasta biblioteca con millones de publicaciones indexadas fácilmente accesibles y a un centro comercial en permanente expansión, que ofrece bienes y servicios. Desde la perspectiva de quienes publican, Internet es una plataforma gigante que permite llegar y escuchar a una audiencia de millones de lectores, espectadores, investigadores y compradores de todo el mundo”).

⁴ Consejo Europeo (Comité de Ministros), Recomendación 6 (2008) sobre medidas para promover el respeto por la libertad de expresión e información en relación con los filtros de Internet.

⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom* (nros. 1 y 2), sentencia del 10 de marzo de 2009, párr. 27. Véase también *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine*, sentencia del 5 de mayo de 2011.

⁶ D. J. Solove, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*, 2007, Yale University Press, p. 9.

⁷ “Google goes dark for 2 minutes, kills 40% of world's net traffic”, *The Register*, disponible en

http://www.theregister.co.uk/2013/08/17/google_outage/. Aun cuando Google ofrece diferentes servicios, entre ellos cuentas de correo electrónico, su motor de búsqueda es, por lejos, el más usado.

⁸ Trabajo de la OCDE sobre “The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives” (septiembre de 2011), en http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-role-of-internet-intermediaries-in-advancing-public-policy-objectives/internet-intermediaries_9789264115644-4-en.

⁹ 47 Código de los EE. UU. (U.S.C., por sus siglas en inglés) §§ 151-621.

¹⁰ La CDA define como “servicios informáticos interactivos” a “cualquier servicio de información, sistema o software de acceso o proveedor que proporcione o permita el acceso informático de múltiples usuarios a un servidor informático, incluido, específicamente, un servicio o sistema que proporcione acceso a Internet y servicios o sistemas ofrecidos por bibliotecas o instituciones educativas”. Sec. 230(f)(2).

¹¹ Sec. 230(c)(1).

¹² Sec. 230(c)(2).

¹³ Véase Electronic Frontier Foundation, “CDA 230: Legislative History”, disponible en

<https://www.eff.org/issues/cda230/legislative-history>.

¹⁴ 17 U.S.C. § 512. Para un resumen de cómo opera la DMCA, véase <http://www.sfw.org/2013/03/the-dmca-takedown-notice-demystified/>.

¹⁵ Directiva 2000/31/EC relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/directive/index_en.htm.

¹⁶ Artículo 13(1), Directiva 2000/31/EC.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Artículo 14(1) (énfasis añadido).

¹⁹ Artículo 15(1) (énfasis añadido).

²⁰ Caso C- 236/08, sentencia del 23 de marzo de 2010 (Gran Sala).

²¹ El orden en el cual los anunciantes aparecen en los resultados de búsqueda depende, entre otros factores, de la tarifa que se le paga al operador del motor de búsqueda. La elección y compra de AdWords por parte de los anunciantes se puede hacer de forma electrónica, es decir sin ninguna intervención humana de parte de los empleados del motor de búsqueda.

²² Párr. 113.

²³ Párrs. 117-18. El TJUE no dio una opinión concluyente sobre los méritos del caso porque se trataba de una cuestión prejudicial remitida por la *Cour de Cassation* francesa; por lo tanto, el TJUE se limitó a responder a las preguntas planteadas por el tribunal francés sobre la aplicación general de la legislación de la UE y dejó a criterio del tribunal local lo relativo a su aplicación a los hechos del caso.

²⁴ Sentencia del 12 de julio 2012 (Gran Sala).

²⁵ Párr. 62 y sig.

²⁶ Voto en disidencia conjunto de los jueces Tulkens, Sajó, LazarovaTrajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić y Yudkivska, párr. 11.

²⁷ Voto en disidencia conjunto de los jueces Sajo, LazarovaTrajkovska y Vučinić, en III.

²⁸ Los resultados de búsqueda en Google Images son similares a los resultados de búsquedas naturales, en el sentido de que muestra la imagen de una persona, objeto, etc., que se encuentra en la Web, en respuesta a una búsqueda del usuario; el usuario puede iniciar una búsqueda regular (a través de palabras) o subiéndolo otra imagen como criterio de búsqueda.

²⁹ Sentencia de la BGH del 29 de abril de 2010, I ZR 69/08, disponible en <https://openjur.de/u/32421.html>. La BGH determinó que, dado que el usuario había subido sus imágenes protegidas por derecho de autor sin tomar ninguna medida para prevenir que ellas aparecieran en los resultados de los motores de búsqueda, había otorgado consentimiento implícito para su reproducción como miniaturas en la vista previa de los resultados de búsqueda de Google Images.

³⁰ Sentencia de la BGH del 9 de octubre de 2011, Az. IZR 140/10 (Vorschaubilder II), disponible en <http://openjur.de/u/270380.html>.

³¹ Ley 34/2002 deservicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/134-2002.html.

³² *Ibíd.*, Art. 17(1).

³³ Sentencia del 13 de mayo de 2009.

³⁴ Audiencia Provincial of Madrid, Sección 9ª, 19 de febrero de 2010, sentencia 95/2010, disponible en <http://audiencias.vlex.es/vid/-220093371>.

³⁵ La Regulación de Comercio Electrónico (Directiva CE) de 2002.

³⁶ [2009] EWHC 1765 (QB), disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2009/1765.html>.

³⁷ El Tribunal Superior de Justicia británico resolvió la cuestión basándose exclusivamente en el derecho consuetudinario porque ni la ECD ni la reglamentación británica del 2002 que implementaba la regulación 2002 mencionaban en forma expresa que la protección otorgada a los proveedores de alojamiento se extendía a los motores de búsqueda. El fallo *Metropolitan* precedió a la sentencia *Louis Vuitton* del TJUE, que estableció que los motores de búsqueda son “prestadores de servicios de la sociedad de la información” en los términos de la ECD, por lo que podrían ampararse en la exención de alojamiento dependiendo de la índole de la conducta específica de que se trate.

³⁸ *Ibíd.* en 53.

³⁹ *Ibíd.* (citas internas omitidas).

⁴⁰ *Ibíd.* en 55. El Tribunal reconoció la facultad de Google de bloquear ciertos contenidos para que no aparezca en sus resultados de búsquedas pero solo en los casos en que se le informe la URL en cuestión; una medida de bloqueo más amplia no sería posible sin que se excluya a la vez a “una gran cantidad de otros contenidos que podrían contener alguna de las palabras individuales del fragmento considerado ofensivo”. *Ibíd.* en 57. Una solución más efectiva sería obligar a quien ha publicado originariamente el contenido ilegal a retirar dicho contenido o a alterar el código del sitio web respectivo de manera tal que no sea relevado por los *robots* rastreadores de los motores de búsqueda.

⁴¹ *Ibíd.* en 55.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Véanse párrs. 17-19 *supra*.

⁴⁴ 422 F. Supp. 2d 492 (E.D. Pa. 2006), resumen de decisión ratif., 242 Fed. App. 833 (3d Cir. 2007), cert.rechazada 522 U.S. 1156 (2008).

⁴⁵ *Ibíd.* en 501.

⁴⁶ *Ibíd.* (citas internas omitidas).

⁴⁷ 640 F. Supp. 2d 1193 (N.D. Ca. 2009).

⁴⁸ *Ibíd.* en 1197.

⁴⁹ *Ibíd.* (“la actora rechaza que la sugerencia de la palabra “gratis”, cuando se la combina con el conocimiento que tiene Google del “problema de los cargos no autorizados en el negocio de contenidos para telefonía móvil” hace que la KeywordTool “deje de ser inocua o neutral”. (Op. de la Demte.en 7) ... El argumento de la actora de que la KeywordTool “contribuye materialmente” a la violación de la ley no es suficiente para establecer responsabilidad del desarrollador”).

⁵⁰ *Ibíd.* en 1198.

⁵¹ *Ibíd.* en 1197.

⁵² *Ibíd.* en 1198.

⁵³ Declaración Conjunta de 2011 del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP); disponible en <http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=848&IID=1>, en 2(a).

⁵⁴ Lo anterior supone que los prestadores del servicio de alojamiento tienen la capacidad técnica para retirar cualquier contenido de terceros alojado en sus propios servidores o para impedir el acceso a tal contenido. Esto último, en el caso de que se trate de un motor de búsqueda, constituye una cuestión más compleja, ya que el material generalmente se halla alojado en servidores de otros.

⁵⁵ Para un resumen de las tendencias en la UE, véase Verbiest, nota 37 *supra*, p. 14.

⁵⁶ *L’Oreal v. eBay*, Caso C-234/09, Gran Sala, sentencia del 12 de julio de 2011, párr. 122 (énfasis añadido).

⁵⁷ *Ibíd.* El Abogado General Jääskinen presentó argumentos similares en el mismo caso: “Primero, es evidente que el prestador de servicios debe tener conocimiento efectivo y no una *mera sospecha o presunción* en relación con la actividad o información ilegal. También me parece que el concepto jurídico de “conocimiento” solo puede aplicarse a hechos pasados o presentes, pero no a futuros. [...] Segundo, el requisito de conocimiento efectivo pareciera que *excluye el desconocimiento interpretado*. No es suficiente que el prestador de servicios debiera haber conocido o sospechado de la existencia de actividades ilegales. Ello es conforme con el Artículo 15(1) de [la ECD] que prohíbe a los Estados Miembros que impongan a

los proveedores de servicios una obligación general de supervisión de la información que transmiten o almacenan ni búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas”. Opinión del 9 de diciembre de 2010, párr.162-163 (énfasisañadido).

⁵⁸ Comisión Europea, “Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic commerce in the Internal Market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)”, p. 10.

⁵⁹ Ley N° 2004-575, nota 36 *supra*, art. 6-I(5).

⁶⁰ *Defamation Act* 2013, sec. 5(3), en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/section/5/enacted>.

⁶¹ El borrador no es definitivo y se halla actualmente sujeto a un proceso de consulta pública, disponible en http://www.olswang.com/media/29576493/defamation_bill_section5_regulations.pdf. Una vez que sea aprobado por el Ministerio de Justicia deberá ser ratificado por el Parlamento.

⁶² Los que incluyen: el nombre y la dirección de correo electrónico del reclamante; la URL o localización de la declaración cuestionada; una explicación de qué dice la declaración y de porqué es difamatoria para el reclamante; el significado que el reclamante le atribuye a la declaración cuestionada; las partes de la declaración que el reclamante considera que son fácticamente incorrectas u opiniones que no se basan en hechos reales; confirmación de que el reclamante no tiene información suficiente sobre el autor de la declaración para iniciar un procedimiento en su contra; confirmación en caso que el reclamante desee que su nombre y dirección de correo electrónico sean enviados a la persona que publica de la declaración. Para más detalles sobre cómo opera el sistema de notificación y sus implicancias, véase Ashley Hurst, “TheSection 5 DefamationActRegulations: A complex red herring”, disponible en <http://inform.wordpress.com/2013/08/16/the-section-5-defamation-act-regulations-a-complex-red-herring-ashley-hurst/>

⁶³ En el caso testigo *Zeran v. America Online* un tribunal federal de circuito determinó que el prestador de un servicio de tablón de anuncios de Internet (internet message board) no era responsable por los mensajes difamatorios publicados por terceros en dicho tablón. Tomar conocimiento del hecho no cambió en nada su situación jurídica. El Cuarto Circuito rechazó el argumento de que el apartado 230 solo otorgaba inmunidad a quienes “publican” comentarios difamatorios, pero no a quienes los “distribuyen” y han “tomado conocimiento de la existencia de declaraciones difamatorias” y sostuvo que el último caso no es más que un “especie o subespecie de la responsabilidad editorial y, por lo tanto, se encuentra amparado por la misma excepción prevista en el apartado 230.” *Ibíd.* en 332.

⁶⁴ Sin embargo, si quien ha publicado el material objeta su remoción, el prestador de servicios de alojamiento deberá volver a poner el material en línea dentro de 10 días hábiles, a menos que el reclamante le notifique que ya ha iniciado una acción judicial solicitando una medida cautelar contra la republicación de dicho material. DMCA sec. 512.

⁶⁵ Por ejemplo, como consecuencia de la revelación por parte de Wikileaks de información clasificada de los EE.UU. muchos prestadores de servicios, incluidos los servicios de almacenamiento de datos de Amazon y de pagos en línea mediante Paypal y Mastercard interrumpieron sus servicios a Wikileaks.org. Véase John Naughton, “WikiLeaks row: whyAmazon’sdesertion has ominousimplicationsfordemocracy”, *TheGuardian*, 11 de diciembre de 2010.

⁶⁶ Art. 13(2). La única excepción permitida por la Convención es la regulación legal de los lugares de entretenimiento “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. Art. 13(4).

⁶⁷ Art. 13(3).

⁶⁸ Comentario General N° 34, 12 de septiembre de 2011, párr. 7, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>.

⁶⁹ Caso C-131/12, *Google Spain SL y Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González* (pendiente de resolución). La publicación cuestionada, referida a la morosidad hipotecaria de la actora, fue legítima y, en realidad, el derecho español exigía que se efectuara. Sin embargo, la actora sostenía que la publicación continuada de dicha información violaba su derecho a la protección de datos personales, de acuerdo con el derecho comunitario y español.

⁷⁰ Opinión del Abogado General del 25 de junio de 2013, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=960253>.

⁷¹ *Ibíd.*, párrs. 133-134. Además, “ello implicaría una interferencia con la libertad de expresión del editor de la página web, que no disfrutaría de una protección legal adecuada... Ello equivaldría a censura del contenido publicado realizado por un tercero.” *Ibíd.*

⁷² 2011 Declaración Conjunta de los titulares de mandatos especiales de la ONU, la OAS, la OSCE y la CADH sobre la libertad de expresión, párr. 2(b). La Declaración no especifica que constituye “protección suficiente” para la libertad de expresión en este contexto.