

MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

Medida autosatisfactiva tendiente a obtener la supresión de contenidos agraviantes en una red social.

Ante la existencia, dentro de una reconocida red social, de una cuenta que contiene expresiones agraviantes al derecho al honor, a la intimidad y a la imagen de una persona, corresponde hacer lugar a la medida autosatisfactiva tendiente a la inmediata supresión de todo contenido referido a la solicitante y a la abstención de habilitar en el futuro cualquier elemento que afecte la intimidad personal o actividad comercial de la misma.



CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

SOJO, LORENZO A., "La defensa del honor y la intimidad, en una medida autosatisfactiva", DFyP 2012 (noviembre), 291.

JCiv. y Com. Nro. 6, Formosa, 2012/10/03. - B. C. c. FACEBOOK ARGENTINA SA. .

[Cita on line: AR/JUR/52078/2012]

[El fallo in extenso puede consultarse en Atención al Cliente o en laleyonline.com.ar]

La necesidad de una "orden judicial adecuada" en las medidas cautelares contra proveedores de servicios en internet

POR LISANDRO FRENE Y LUCIANA LIEFELDT

Sumario: 1. La Pretensión Cautelar. — 2. La Medida Ordenada. — 3. La Responsabilidad por el Contenido Agravante. — 4. La "orden judicial adecuada".

1. La Pretensión Cautelar

La actora requirió al magistrado una medida autosatisfactiva en los términos del art. 232 bis del Código Procesal Civil y Comercial contra Facebook Argentina S.R.L. ("Facebook"), a fin de que dicha compañía: (i) bloqueara, cancelara y/o cerrara en forma definitiva e inmediata un perfil en su red social; y (ii) se abstuviera en el futuro de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos y sitios de fans que injuriaran, ofendieran, agredieran, vulneraran, menoscabaran o afectaran la intimidad personal y/o la actividad comercial de la actora. No fue incluido, dentro del reclamo, pretensión alguna de reparación de daños y perjuicios ni intención de deducir demanda contra

Facebook, en tanto la actora estimó que no asistía responsabilidad a los administradores de la red social respecto del contenido que se encontraba subido al perfil denunciado.

2. La Medida Ordenada

Concordantemente con lo requerido y el carácter del remedio cautelar en cuestión, el magistrado no se expidió en su resolución respecto de ningún tipo de responsabilidad atribuible a Facebook por el contenido presuntamente agravante (ni subjetiva u objetiva) como tampoco aseveró la existencia de ningún daño que deba ser resarcido por Facebook.

En su resolución, el magistrado concedió la medida autosatisfactiva solicitada por la actora. A fin de fundamentar su postura, el juez consideró acreditada la existencia de expresiones directamente agraviantes al derecho al honor, intimidad e imagen de la actora en un perfil del sitio web HYPERLINK "<http://www.facebook.com>" www.facebook.com, de acceso libre para cualquier titular. Asimismo, indicó que en dicho perfil no existían datos certeros de su usuario o administrador, no surgiendo que fuera un medio de prensa o comunicación el emisor de los comentarios.

Respecto del criterio a utilizar para catalogar como "injuriante" una expresión y que sea posible de ser removida por orden judicial, el magistrado adhirió a la postura que propugna que

el ejercicio de la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole (Ley N° 26.032 y art. 13, inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) no es irrestricto en tanto puede afectar derechos de terceros que también se encuentran reconocidos por la Constitución Nacional. De esta forma, y a efectos de preservar un "equilibrio" entre todos los derechos en juego, aplica un criterio de ponderación que está dado *"por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan"*.

En este caso, el magistrado consideró procedente la medida cautelar solicitada en tanto se había afectado el derecho a la intimidad (que incluye el derecho de controlar la información relativa a ciertos aspectos de la vida propia, en tanto su divulgación podría provocar algún daño); a la imagen (que incluye su utilización exclusiva y la facultad de oponerse a difusiones no autorizadas); y al honor. Reiteramos que la resolución no hace alusión a rubro indemnizatorio alguno, en tanto el actor no persigue ninguna reparación económica ni condena contra Facebook.

Por último, dispone: *"la urgente e inmediata eliminación de todo contenido o datos referidos a la Sra. M.C. B. y/o a... S.A., que obren insertos o publicados en el sitio referido en la demanda, debiendo asimismo la empresa demandada abstenerse en el futuro de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos, sitios de fans, etc., que injurien, ofendan, agredan, vulneren o menoscaben o afecten la intimidad personal y/o la actividad comercial de la actora referida precedentemente..."* (el resaltado nos pertenece). Este tipo de órdenes judiciales genéricas —también llamadas "abiertas"— y de apreciación subjetiva son las que mayor controversia han suscitado en el ámbito de reclamos contra prestadores de servicios en Internet, como desarrollaremos a continuación.

3. La Responsabilidad por el Contenido Agraviante

Como ya hemos dicho, la resolución no hace juicio alguno respecto de la responsabilidad de Facebook por el contenido injurioso subido a uno de los perfiles de su red social. En este sentido, tampoco se desprende de la resolución si la actora efectuó notificación extrajudicial alguna a

Facebook informándole de la existencia del contenido injurioso y solicitándole su remoción.

No puede soslayarse, sin embargo, que la propia actora *"estima que en esta etapa no asiste responsabilidad a los administradores de la red social respecto del contenido agraviante de la cuenta..."*. De ello podría concluirse entonces, que la eventual responsabilidad de Facebook tendría lugar únicamente en caso que incumpliera injustificadamente con la manda judicial —y por ello, sólo en forma posterior a ser judicialmente anoticiado de la existencia del contenido y de su apreciación como agraviante por un juez—. No olvidemos que el contenido tiene su origen y primigenio control en un usuario de la red social y no en Facebook, quien no lo ha generado ni conocido en forma particular. (1)

Si bien esta cuestión — la responsabilidad objetiva (2) o subjetiva (3) de los prestadores de servicios en Internet — se encuentra debatida y existen numerosos fallos contradictorios al respecto, ad-

(1) CNApel. En lo Civil, Sala D, 10/08/2010, "D.C., V. c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios" (no firme): "Entiendo que no resulta de aplicación a ellos la teoría del riesgo creado, pues si bien los buscadores actúan proporcionando una herramienta al usuario que utiliza la computadora (cosa riesgosa) para localizar los contenidos o la información por él definida, dichos contenidos o información no son creados o puestos en la red o editados por los buscadores."

(2) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 91, "Lorenzo, Bárbara c. Google Inc. s. Daños y Perjuicios (Expte. N° 82.198/2009) del 23/08/2012 (no firme): "Entonces, la responsabilidad debe recaer sobre quien genera, fiscaliza, supervisa, controla o potencia en forma autónoma la actividad riesgosa. Como corolario de todo ello, la responsabilidad civil extracontractual del productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y de quien haya puesto su marca en la cosa o servicio queda alcanzada por el art. 1113 del Código Civil, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan corresponder, conclusión que se refuerza, como se verá seguidamente, si se interpretan de manera armónica dicho precepto y la ley 24.240." y CNCiv, Sala J, Expte. N° 84.103/2007 "Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ daños y perjuicios", 31/08/2012.

(3) Peñalba Pinto, Gonzalo, "Responsabilidad por injurias vertidas en internet", LLNOA2004 (octubre), 11: "El prestador de servicios intermediarios, servidor (ISP) por tanto, sólo es responsable por sus actos propios, o sea cuando es quien origina la información o bien cuando toma conocimiento de la ilicitud de ésta y omite su retiro o el bloqueo a su acceso. Tal responsabilidad será subjetiva..."

herimos a la postura que sostiene que los servicios prestados en Internet no constituyen una "cosa riesgosa" conforme es definida por el art. 1113 de nuestro Código Civil. Convalidar lo contrario implicaría que los administradores de tales servicios —por ejemplo, motores de búsqueda tales como Google o Yahoo! o redes sociales como Facebook o Twitter— deben responder por las consecuencias dañosas que resulten de la inmensurable cantidad de contenido originado, gestionado y administrado en su totalidad por miles de usuarios por el sólo hecho de "indexar resultados" o proporcionar una plataforma para que lo hagan.

Por lo anterior, luce mucho más lógico, razonable y ajustado a la realidad de las nuevas tecnologías el factor de atribución subjetivo de responsabilidad (art. 1109 Cód. Civil) (4) respecto de cualquier prestador de servicios análogo al de la resolución comentada, surgiendo su responsabilidad únicamente como consecuencia del incumplimiento que este haga de una orden judicial "adecuada", punto que analizaremos a continuación.

4. La "orden judicial adecuada"

A fin de posibilitar que Facebook —o cualquier prestador de servicios en Internet, para el caso— ejecute una orden judicial que tenga como finalidad remover contenido agravante o injurioso para determinada persona, es necesario el dictado de una "orden judicial adecuada".

Por "orden judicial adecuada" entendemos una manda judicial específica, objetiva y delimitada

(4) CNApel. En lo Civil, Sala D, 10/08/2010, "D.C., V. c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios" (no firme): "A su vez, en los autos "Ruggero Silvia c/ Pronto Semanal y otros s/ daños y perjuicios" Expte. N° 42.133/01, también como juez de primera instancia, sostuve que "si la información es lesiva al honor, a la intimidad o lesiona algún otro derecho personalísimo, el órgano de difusión debe responder por el perjuicio causado, en los términos del art. 1109 del Código Civil, pues libertad de prensa no significa impunidad ni tampoco que la misma deba prevalecer frente a estos últimos, cuando es en la propia constitución nacional donde se encuentra inscripta una norma también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad consagrado en el art. 19 de la Carta Magna (C.S.J.N. Fallos 306:1892) (...) Siguiendo entonces estos lineamientos, no cabe sino concluir que la responsabilidad en su caso de los buscadores debe analizarse a la luz de lo normado por el art. 1109 del C.Civil. (...) Es decir, no basta la sola comprobación del daño para imponer el deber de resarcir, sino que es necesario probar el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo."

en su alcance. Corresponde tener presente que la remoción de cualquier contenido implica una afectación a la libertad de expresión de terceros que no son parte en los procesos cautelares. Se trata de un tercero a quien, en la generalidad de las medidas cautelares, no se le requieren explicaciones sobre el contenido generado o los derechos que pudiesen asistirle para publicarlo.

En este sentido, la remoción dispuesta debe restringirse a lo "esencial" con el objeto de tutelar y armonizar (i) el derecho a la intimidad, al honor o a la imagen del reclamante damnificado; el derecho de expresión del tercero que publicó el contenido cuya eliminación se requiere, quien en la instancia cautelar carece de posibilidad de invocar los fundamentos que pueda tener para efectuar dicha publicación; y (iii) los derechos de los usuarios al acceso a la información en Internet, también expresamente protegidos por la Ley N° 26.032 y la jurisprudencia (5).

Teniendo en consideración esta pauta, resulta indispensable —y así lo ha considerado reciente jurisprudencia— que la orden judicial identifique específicamente el contenido a remover. Por ejemplo, en el caso de las redes sociales: si debe removerse un perfil de usuario completo o solo algunos comentarios; o en el caso de los motores de búsqueda: qué resultados de búsqueda deben eliminarse.

A partir del fallo "Wanda Nara" (6), la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Federal ha

(5) En el fallo de la CNCiv. y Comercial., Sala III, 15/03/2012. - A., A. F. c. Google Inc. [Cita online: AR/JUR/5884/2012] el tribunal adujo al restringir una medida cautelar de tipo 'genérico' que el mismo "importaría restringir la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas, derecho garantizado por la Constitución Nacional y por la ley 26.032... también se hizo mérito de los derechos de terceros — sean los de los titulares de los sitios web o de las personas que buscan información a través del buscador".

(6) CNCiv. Y Comercial Federal, Sala II, Causa 8.952/09, "Nara, Wanda Solange c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares", 30/11/2010, en el cual se sostuvo que: "la orden genérica de cesar toda vinculación con sitios que revistan determinadas características, aun cuando sea provisoria, comporta cierta desmesura... una medida de esa índole resulta potencialmente lesiva de la libertad de expresión... esta Sala RESUELVE: ... limitar la protección cautelar a los resultados de los sitios puntualmente denunciados por la demandante que prima facie impresionen como violatorios de su derecho a la intimidad, honor y buen nombre, previo examen de su contenido por parte del a quo..."

consolidado su criterio en referencia a que todas aquellas personas que pretendan que se eliminen contenidos (en ese caso, se trataba de un motor de búsqueda) deben individualizar cuáles sitios desean que se remueva. De esta forma se limita en alcance y extensión la medida cautelar a los contenidos específicamente definidos por los propios reclamantes como "violatorios", previo control jurisdiccional. (7)

Por lo anterior, la exigibilidad y efectividad de la medida cautelar que se dicte depende directamente de que el magistrado que la emite le indique específica y claramente al prestador del servicio qué es lo que debe remover, en tanto éste último no tiene la facultad, las posibilidades técnicas ni la obligación legal de efectuar por sí un juicio de valor sobre el contenido que generan todos sus usuarios y escoger a su discreción qué sustraer del acceso público.

No obstante lo dicho (a todas luces, evidente) en muchos casos —incluida la resolución que aquí comentamos— los jueces emiten ordenes judiciales genéricas ("*todo el contenido agravante*" o "*todo el contenido pornográfico, erótico, que afecte la imagen de la actora*") que implican la obligación del prestador del servicio de relevar todo y cada contenido "subido" por los usuarios (minuto a minuto, cada comentario, post, fotografía, video, audio, etc.) (8) y — lo que es peor — efectuar un análisis subjetivo y eventual censura de tales contenidos. (9)

(7) CNCiv. y Comercial Federal, Sala III, Causa N° 377/10, "David Gutiérrez Pamela y otros c/ Microsoft de Argentina S.A. s/ medidas cautelares", 31/05/2012. Publ. 19/07/2012, el Tribunal resolvió que "la calificación de un sitio...a fin de determinar la posible afectación de los derechos de la actora en virtud de la vinculación con aquél, exige una valoración de su contenido...en orden a decidir en cada caso la pertinencia del bloqueo y en procura de armonizar todos los derechos involucrados. El alcance amplio con el que fue dictada la medida cautelar hace necesario que las peticionarias individualicen los resultados que consideran lesivos de sus derechos personalísimos..."

(8) Analia Zygier elocuentemente señala en su editorial de Diario Judicial del 14/8/09 que "Pretender que Google y Yahoo controlen los contenidos de todos los sitios que indexan es equivalente a intentar contar cuántos peces hay en el océano. Seguramente son millones y además, para complejizar aún más la cuestión, la cifra cambia constantemente. Cada minuto nacen, mueren y se modifican millones de sitios web". Fuente: www.diariojudicial.com.

(9) En la sentencia de primera Instancia (no firme) dictada en autos: "PRETE, PRISCILA c/ YAHOO DE ARGENTINA

Una obligación de este tipo es de cumplimiento técnico imposible para prestadores de servicios de red social o motores de búsqueda. Ello obedece a que cualquier filtro que pudiera utilizarse — en tanto automático y operado por computadoras — responde a criterios objetivos (términos o direcciones de IP) y no a criterios subjetivos como los propuestos en algunas mandas judiciales de este tipo (por ejemplo: contenido "injuriante", "agraviante", "pornográfico", etc.).

Un simple análisis casuístico permite notar las falencias en este tipo de orden judicial. Los términos tales como "sexo" o "pornográfico" —utilizados para ordenar la remoción de contenidos en muchos casos— no siempre denotan la existencia de contenido de tal naturaleza. Por ejemplo, un artículo periodístico en el que una reclamante comunicara al público el sexo de su futuro bebé sería removido, cuando claramente no vincula el nombre de esa reclamante con un contenido "agraviante" para ella.

Del mismo modo, existe contenido "agraviante" que puede no estar identificado con palabras típicas como "sexual" o "pornográfico". Por ejemplo, gran parte del contenido disponible en perfiles de redes sociales puede estar expresado en otros idiomas, con lo cual cualquier filtrado genérico resultaría infructuoso.

A mayor abundamiento, una orden judicial como la reseñada ("*...abstenerse en el futuro de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos, sitios de fans, etc., que injurie, ofendan, agredan, vulneren, menoscaben o afecten la intimidad personal y/o la actividad comercial de la actora...*") acarrea otras imprecisiones que la vuelven impracticable. La medida no establece: (i) plazo que tiene Facebook para remover el contenido una vez detectado (inmediatamente, en 24 horas, en 5 días); (ii) cuál es el significado del término

S.R.L. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" con fecha 26/10/2011 por la Dra. Patricia Barrado, Jueza a cargo del Juzg. Civil y Comercial Federal N° 10, a nuestro criterio la que mejor expone el tema dictada hasta el momento, se dijo: "existe en la injuria un núcleo básico que está dado por la subjetividad: el comportamiento o conducta que para una persona es injuriante puede no serlo para otra. Este componente subjetivo es lo que determina entonces que el reclamo deba ser realizado por el ofendido o víctima del agravio, quien debe identificar en forma concreta las páginas que estima injuriantes y cuyo bloqueo pretende..."

no "habilitar el uso"; y (iii) qué contenido tiene la virtualidad de afectar la "intimidad personal y/o la actividad comercial" del reclamante.

Como puede apreciarse, en la resolución judicial bajo análisis no se encuentra claramente determinada la obligación impuesta en cabeza de Facebook ni su forma de cumplimiento.

Finalmente, un bloqueo de esta naturaleza podría afectar los derechos de terceros generadores de ese contenido y que contarán con autorización de los reclamantes para publicarlo. Dicho contenido sería removido en tanto un filtrado automático no admite verificar en cada caso si el usuario que generó el contenido cuenta con la autorización para publicarlo o no.

Los administradores de redes sociales o motores de búsqueda no pueden — ni deben — convertirse en controladores, censores o jueces de los contenidos en Internet, precisamente porque la ley no les impone dicha obligación y porque

esta función les compete a los jueces (10). Es la justicia y no ellos quienes deben decidir sobre la licitud del contenido en Internet, máxime cuando se encuentran en juego garantías constitucionales. (11)

El dictado de "ordenes judiciales adecuadas" facilita a los prestadores de este tipo de servicios el cumplimiento de las medidas cautelares emitidas por los jueces, permitiéndoles respetar los derechos a la intimidad, honor e imagen de los reclamantes, el derecho a la libre expresión y de acceso a la información de sus usuarios y mantenerse a derecho en su actividad empresarial. ♦

(10) Cf. Frene, Lisandro, "Responsabilidad de los Buscadores de Internet", publ. en Rev. La Ley del 17/11/2009.

(11) CNCiv. y Comercial Federal, Sala III, Causas: "Macedo, María Isabel" (Nro. 4235/06) del 18/12/2009 y "Batan, Viviana del Carmen" (Nro. 8865/09) del 30/06/2010: "para poder juzgar si un sitio de Internet lesiona derechos personalísimos del peticionario, es menester examinar su contenido..."