

Sobre la incompleta constitucionalización del derecho civil y los límites de los precedentes judiciales*

Ramiro Álvarez Ugarte

CELE

ramiroau@gmail.com

2 de noviembre de 2022

En el caso *Marzol c. Google*, el juez Javier Pico Terrero, a cargo del juzgado en lo Civil y Comercial Federal No. 7 de la ciudad de Buenos Aires resolvió una acción preventiva a favor de una bailarina que cuestionó que su nombre fuera vinculado a páginas de contenido pornográfico en Google, que alojaban una grabación de una obra de teatro en la que ella había participado. El magistrado ordenó al buscador eliminar de su servicio ciertas páginas identificadas al efecto. La decisión parece una buena oportunidad para trazar un balance de una corriente de litigiosidad que ya lleva más de quince años, en la que la Corte Suprema intervino de manera decisiva para someter ciertas respuestas usuales del derecho civil a parámetros constitucionales. Esta línea jurisprudencial, cuya evolución analizamos recientemente desde el CELE, puede ser vista como parte del proceso de *constitucionalización* del derecho civil, porque implica someter respuestas usuales que se podrían dar dentro de esa rama del derecho a preocupaciones propias del derecho con-

* Agradezco los comentarios de Agustina Del Campo a una primera versión de este trabajo. El mismo se apoya parcialmente en una investigación que realizamos con Emiliano Vitaliani, de próxima aparición en la Revista Chilena de Derecho y Tecnología.

stitucional.¹ En este comentario me gustaría analizar a *Marzol* dentro de este universo más amplio de litigiosidad, que revela dos fenómenos relevantes de nuestra práctica jurídica: el carácter incompleto y negociado del mencionado proceso de *constitucionalización* y las formas en que los precedentes de la Corte Suprema lo ordenan, sin controlarlo enteramente. Procedo de la siguiente manera.

En la primera parte recordaré la jurisprudencia constitucional sobre responsabilidad de intermediarios. Reconstruiré esas decisiones con referencia a los valores normativos que las inspiraron, provenientes especialmente de un derecho comparado consistente con nuestra propia jurisprudencia en materia de libertad de expresión. En la segunda parte identificaré tendencias posteriores, que revelan el notable rol que cumplió la decisión de la Corte Suprema en *Rodríguez* para ordenar la discusión y definir criterios para la adjudicación de casos similares.² Sin embargo, el análisis de esos casos también revela que los jueces gozan de espacios de libertad que les permiten insistir con criterios tradicionales del derecho civil más o menos en tensión con los valores constitucionales expresados por la Corte Suprema. Ello se explica—en parte—por la preponderancia en nuestro derecho de reglas “suaves” del precedente, que permiten y favorecen espacios de disenso en los tribunales inferiores. Ambas características se vinculan a un proceso de *constitucionalización* en curso, negociado e incompleto, y sujeto a tensiones que *Marzol* pone en evidencia.

La jurisprudencia constitucional

La corriente jurisprudencial sobre “responsabilidad de intermediarios” se inició hacia 2006, y se desarrolló—especialmente—en la justicia civil y civil

¹ CELE, *La jurisprudencia como una red que crece. Un análisis de redes sobre la jurisprudencia argentina de responsabilidad de intermediarios*, OBSERVATORIO LEGISLATIVO CELE, 08/03/2022, disponible en <https://observatoriolegislativocele.com/jurisprudencia-intermediarios/>; FERRARESI, L., «El rol del juez civil a la luz de la constitucionalización del derecho privado», *La Ley*, 2020, vol. 2020, A, pág. 560.

² CSJN, «Rodríguez María Belén c. Google», 28/10/2014, Fallos 337:1174, «Gimbutas Carolina Valeria c. Google s/ daños», 12/9/2017, Fallos 340:1236, Expediente No. 114474/2006, «Paquez José c. Google», 3/12/2019, Fallos 342:2187, Expediente No. 23410/2014, «Denegri, Natalia Ruth c. Google Inc. s/ derechos personalísimos», 28/6/2022, Fallos ----:---.

y comercial federal de la Ciudad de Buenos Aires.³ Comenzó a través de pedidos de medidas cautelares cuyo objeto era prácticamente el mismo que en la demanda del caso *Marzol*: el cese, por parte de Google y otros buscadores, de la vinculación de las partes actoras—en general mujeres famosas—con sitios de contenido pornográfico o vinculados a la prostitución. Estos vínculos eran el resultado del trabajo de rastreo de los motores de búsqueda, que indexan las páginas web para que los usuarios puedan descubrir contenidos en Internet que no saben que existen. Estos programas vinculaban a ciertos nombres con ciertas páginas, porque quienes las diseñaron o administran los utilizaban como “anzuelo” para capturar tráfico aprovechándose del funcionamiento normal de los buscadores. A veces esos sitios alojaban contenidos sobre estas personas (típicamente, fotos tomadas de otras publicaciones), pero otras veces no.

Esta corriente de litigiosidad generó numerosos desacuerdos iniciales, razonables por la novedad de la cuestión. Estos estuvieron concentrados, en un primer momento, en el factor de atribución que se tenía que seguir para juzgar la conducta de los buscadores (objetivo o subjetivo), la forma en que correspondía notificar a los buscadores de la existencia de un contenido objetable (notificación privada o judicial), y diversos criterios para juzgar el carácter dañino de los vínculos que los buscadores ofrecían. Otros tuvieron que ver con el uso de pequeñas fotografías (*thumbnails*) en los servicios de búsqueda por imágenes, que—según una persistente línea de reclamos—violaba la ley 11.732 y, posteriormente, el artículo 53 del CCyC. Casi todos estos desacuerdos se fueron resolviendo con el correr del tiempo, y la primera intervención de la Corte Suprema en el tema ratificó soluciones que—en general—ya se habían impuesto en los tribunales inferiores.⁴ Así, el tribunal rechazó la pretensión de aplicar a los motores de búsqueda los criterios de la responsabilidad objetiva,⁵ señaló que se encuentran amparados por la garantía constitucional de la libertad de expresión por su rol fundamental en el libre flujo de información,⁶ y rechazó los remedios genéricos

³ CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «Zámolo, Sofía Karina c. Yahoo de Argentina», 14/11/2006. Esta es una de las primeras decisiones en esta corriente jurisprudencial.

⁴ CSJN, *Rodríguez María Belén c. Google*, cit.

⁵ *Ibid.*, cdos. 15-16.

⁶ *Ibid.*, cdos. 25-29; CSJN, *Paquez José c. Google*, cit., cdo. 11.

que imponían—sobre los buscadores—acciones de difícil cumplimiento o que generaban incentivos problemáticos, como empujarlos a restringir su servicio de forma amplia para reducir sus riesgos de ser responsabilizados civilmente ⁷. La Corte—en su voto de mayoría—también relacionó al uso de *thumbnails* con la actividad de indexación, y juzgó que ese uso de las imágenes tiene una función de “mero enlace”⁸.

En *Rodríguez* la Corte creó judicialmente una regla limitada de “no responsabilidad” que seguía lo que en ese momento era ya una opción estable en el derecho comparado.⁹ Admitía que los buscadores podrían ser responsabilizados si no eliminaban contenidos ilícitos una vez que habían sido debidamente notificados de ello. Para administrar la litigiosidad futura, el tribunal creó dos categorías de contenidos. Para unos, exigió que la adjudicación sobre el carácter lícito o ilícito del contenido impugnado fuera resuelto por un juez: los buscadores sólo deberían actuar, y podrían ser responsabilizados, luego de ser notificados de una resolución judicial en ese sentido. Para otros contenidos “manifiestamente ilícitos”, los buscadores deberían actuar una vez notificados, incluso por vía privada.¹⁰

⁷ CSJN, *Rodríguez María Belén c. Google*, cit., cdo. 25 (disidencia parcial de Lorenzetti y Maqueda). En algunos casos de tribunales inferiores se discutió esta cuestión con más precisión. Ver CNACyCF (SALA I), «Slapka Butler Pia c. Yahoo», 31/8/2010, elDial AA6479, Expediente No. expte 6103/2006, cdo. 5; CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Nara Wanda c. Yahoo», 5/7/2012, Expediente No. expte 8952/09, cdo. 6; CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «García Cornejo c. Yahoo», 14/4/2011, Expediente No. 8805/09; CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «Prete Priscila c. Yahoo», 6/9/2012, IusJu 202597D, Expediente No. 9847/2007, cdo. 9; CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «Cupito Alejandro Martín c. Yahoo s/ daños y perjuicios», 14/2/2013, Expediente No. 13524/2007, cdo. 6; CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «S.G.E. c. Google s/ medidas cautelares», 28/2/2012; CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «Telesco María Fernanda c. Google», 28/2/2012, Expediente No. 8195/10. Ver también VANINETTI, H., «Responsabilidad civil de los buscadores. Medida cautelar, acción preventiva, conocimiento efectivo, tiempo transcurrido y daño moral», *La Ley*, 2018, vol. 2018, F, pág. 324.

⁸ CSJN, *Rodríguez María Belén c. Google*, cit., cdo. 20.

⁹ DEL CAMPO, A.; M. SCHATZKY; L. HERNÁNDEZ; J. C. LARA, «Mirando al Sur. Hacia nuevos consensos regionales en materia de responsabilidad de intermediarios y moderación de contenidos en Internet». *AlSur*, ---. Abril de 2021.

¹⁰ CSJN, *Rodríguez María Belén c. Google*, cit., cdo. 18 (“Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, corno también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente pri-

Tanto el caso *Rodríguez* como su prole son decisiones que trazan un equilibrio posible en temas controvertidos. Están inspiradas en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de libertad de expresión, que de manera consistente juzgó de modo estricto a las restricciones a ese derecho fundamental. Pero también siguen modelos del derecho comparado.

Cuando el caso *Zámolo* fue resuelto en 2006, la sección 230 de la Communications Decency Act de los Estados Unidos ya llevaba diez años de vigencia.¹¹ Esta legislación había sido la respuesta directa del Congreso de ese país a la decisión de la Suprema Corte de Nueva York en el caso *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, que en 1995 había considerado que los intermediarios no están obligados a moderar el contenido de sus usuarios, pero que si lo hacen están sometidos a criterios generales de responsabilidad civil.¹² La regla judicial propuesta allí hubiera significado que la decisión más razonable desde el punto de vista económico para las empresas hubiera sido no moderar ningún tipo de contenido. Este resultado era indeseable: las autoridades de Estados Unidos deseaban que las empresas de Internet—una industria naciente en ese momento—cooperasen con las autoridades para combatir “voluntariamente” contenido problemático, como la pornografía infantil o las violaciones a derechos de autor.¹³ Así nació la sección 230. Al limitar la responsabilidad de las empresas, permitía que éstas, en ejercicio de su libertad de expresión, moderasen los contenidos de manera libre y voluntaria, sin temor a ser juzgadas bajo el parámetro externo de la responsabilidad civil.

Por otro lado, el sistema de notificaciones adoptado en *Rodríguez* ante contenidos diversos sigue el modelo de *notice and takedown* de la Digital Millennium Copyright Act de los Estados Unidos, que estableció ese pro-

vados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual. La naturaleza ilícita—civil o penal—de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento”).

¹¹ Communications Decency Act, Feb. 8, 1996, U.S.C No. 47; CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), *Zámolo, Sofía Karina c. Yahoo de Argentina*, cit.

¹² N.Y. SUP. CT., «*Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*», 24/5/1995, Media L. Rep. 23:1794, Expediente No. 31063/94. Disponible en: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4540>.

¹³ KOSSEFF, J., *The twenty-six words that created the Internet*, Cornell University Press, Ithaca [New York], 2019.

cedimiento expeditivo para los reclamos basados en violaciones al derecho de autor.¹⁴ La Corte tomó esa solución y buscó imponerla judicialmente como una solución posible, que trazaba un equilibrio adecuado entre los derechos en juego ante la falta de legislación específica en la materia.

Esta regla general de “no responsabilidad” y el modelo del *notice and take-down* se expandió por el mundo y experimentó un verdadero proceso de globalización regulatoria.¹⁵ La receptó la Comunidad Europea a través de su Directiva sobre Comercio Electrónico.¹⁶ En América Latina fue aceptada por países pioneros en la regulación de Internet como Chile y Brasil¹⁷ y lo mismo ocurrió en España.¹⁸ También se convirtió en *soft law* internacional¹⁹ y parte de los estándares interamericanos de derechos humanos.²⁰ En muchos países, como el nuestro, fue una regla incorporada “judicialmente”, mediante interpretaciones constitucionales de reglas de derecho civil.²¹ En otros, fue incorporada como resultado de tratados de libre comercio impulsados especialmente por los Estados Unidos.²² Esta expansión coincidió con un momento *optimista* sobre Internet, que veía en esta tecnología descentralizada un potencial elemento democratizador de la cultura, del debate público, y de las sociedades cerradas.²³ En tanto restringe la responsabilidad civil por razones vinculadas al autogobierno democrático, esta regla de *responsabilidad limitada* puede ser vista—entonces—como parte del proceso de *constitucionalización* del derecho civil.

¹⁴ Digital Millenium Copyright Act, Oct. 28, 1998, Pub. L. No. 105-304. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/105th-congress/house-bill/2281>.

¹⁵ BRAITHWAITE, J.; P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge [England]; New York, 2000.

¹⁶ Directiva 2000/31/CE, Jul. 17, 2000. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A32000L0031>.

¹⁷ Ley 17.336 (modificada por la Ley 20.453), May, 2010. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>, Ley 12.965 (Marco Civil de Internet), Abr. 23, 2014.

¹⁸ Ley 34 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Jul. 11, 2002.

¹⁹ Ver Principios de Manila, disponibles en: <https://manilaprinciples.org/es.html>

²⁰ CIDH, «Libertad de expresión e Internet». Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, DC. 2013, «Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente». Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Washington D.C. No. INF.17/17. 2017.

²¹ CSJN, *Rodríguez María Belén c. Google*, cit.

²² DEL CAMPO, A. y otros, “Mirando al Sur. Hacia nuevos consensos regionales en materia de responsabilidad de intermediarios y moderación de contenidos en Internet”, cit., págs. 9-11.

²³ MOROZOV, E., *The Net Delusion: The Dark Side of Internet Freedom*, 1st ed, Public Affairs, New York, 2011.

La subsistencia de la litigiosidad

Cuando se mira la evolución histórica de la jurisprudencia de responsabilidad de intermediarios, lo que surge es la notable importancia del caso *Belén Rodríguez* para ordenar la discusión, sin cerrarla.²⁴ Esta conclusión—que junto a un colega demostramos empíricamente en un trabajo de próxima aparición en la *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*—²⁵ muestra a una jurisprudencia civil que “acata” la adjudicación constitucional de la Corte Suprema en ese caso y en las decisiones posteriores que siguieron a ese *leading case*.²⁶ En la investigación que llevamos adelante junto a Emiliano Vitaliani analizamos 59 sentencias posteriores a *Rodríguez* de primera instancia y 93 de segunda instancia, todas ellas del fuero nacional civil y civil y comercial federal de la ciudad de Buenos Aires. En 131 de ellas *Rodríguez* fue mencionado; *en 23 fue el único caso mencionado*.

En general, la tendencia preponderante en ese universo de decisiones es la que sigue a la Corte, sin apartarse sustantivamente de lo resuelto por el tribunal. En esta categoría hay distintos grupos de casos. En la mayoría de ellos *Rodríguez* se invoca de manera dispositiva, para rechazar demandas que planteaban pretensiones resarcitorias, de acuerdo a las cuales los buscadores debían ser responsabilizados por indexar páginas web con contenidos problemáticos²⁷. Otros rechazaron las peticiones resarcitorias pero

²⁴ CELE, *La jurisprudencia como una red que crece. Un análisis de redes sobre la jurisprudencia argentina de responsabilidad de intermediarios*, cit.

²⁵ ÁLVAREZ UGARTE, R.; E. VITALIANI, «Redes de influencia: análisis de la jurisprudencia civil argentina en materia de responsabilidad de intermediarios», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2022, vol. 11, 2, págs. ---:---

²⁶ *Ibid.*

²⁷ JNPICIV. No. 1, «Oiene Pablo Luis c. Google», 24/11/2014, ---, Expediente No. 56210/2010; JNPICIV. No. 52, «Zamolo Sofía Karina c. Google», 11/8/2015, ---; JNPICIV. No. 36, «Norbis Maria Luisa c. Yahoo», 28/9/2015, ---, Expediente No. 99624/2006; CNACIV. (SALA E), «Vinelli Alejandro Jroge c. Google», 3/3/2015, CIV 73942/2010; CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «Sagues Guillermo Ernesto c. Google», 13/5/2015, elDial AA916C, Expediente No. 3584/2009; CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «F. R. D. c. Google Inc. s/ medidas cautelares», 19/5/2015, La Ley; CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Racchi Celina c. Yahoo», 2/6/2015, ---, Expediente No. 3122/2008; CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «Such Maria Eugenia c. Yahoo», 10/6/2015, CCF 10883/2007; CNACIV. (SALA H), «Citino Jorgelina Beatriz c. Yahoo», 11/6/2015, CIV 59256/2007; CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «M. J., J. c. Google Inc. y otro s/ medidas cautelares», 23/6/2015, La Ley, Expediente No. 7259/14; CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «SRM c. facebook», 20/10/2015, ---, Expediente No. 3545/2015; JPICIV. Y COM., «De Grazia Jazmín c. Yahoo», 13/4/2016, CCF 4926/2006, confirmado por CNACIV. Y COM.

FED. (SALA III), «De Grazia Jazmín c. Yahoo», 4/4/2017, CCF 4926/2006; JPICiv. Y COM., «Berardi Elvira Elena c. Google», 14/4/2016, CCF 1379/2013, confirmada en CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «Berardi Elvira Elena c. Google», 29/6/2017, CCF 1379/2013; CNACiv. Y COM. FED. (SALA I), «Giovannini Oscar Ruben c. Google», 4/7/2017, CCF 3735/2016; JNPICiv. No. 50, «Mazza Valeria Raquel c. Google», 30/11/2016, CIV 53931/2007; CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «C. de P. M. G. y otros c/ Google Inc. y otro s/ medidas cautelares», 11/3/2016, --- ---:expte 39997/2015; CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «F, D. S. c. Google Inc. y otro s/ medidas cautelares - incidente», 22/4/2016, La Ley; CNACiv. Y COM. FED. (SALA I), «M. J., J. c. Google Inc. y otro s/ medidas cautelares», 7/7/2016, Expediente No. 7259/14; CNACiv. Y COM. FED. (SALA I), «H.,A. N. c. Google s/ Medidas Cautelares», 15/9/2016, ED ED-DCCCXXX-784; CNACiv. Y COM. FED. (SALA II), «Bolatti Andrea Leticia», 28/9/2016, CCF 5118/2008; CNACiv. Y COM. FED. (SALA II), «Monteleone Carina Fernanda c. Yahoo», 28/9/2016, CCF 6076/2008; JCYCF1, «Ceriscioli Paszcowicz Lorena c. Yahoo», 7/8/2017, CCF 9083/2008, confirmada parcialmente en CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «Ceriscioli Paszcowicz Lorena c. Yahoo», 14/3/2018, CCF 9083/2008; JPICiv. Y COM., «Abramo Laura Graciela c. Google», 14/3/2017, CCF 12856/2007; JPICiv. Y COM., «Garrido Cintia c. Yahoo», 2/5/2017, CCF 10889/2007; JPICiv. Y COM., «Bello Debora Corina c. Yahoo», 30/5/2017, ---, Expediente No. 8887/2007, parcialmente revocada por CNACiv. Y COM. FED. (SALA I), «Bello Debora Corina c. Yahoo», 14/3/2018, ---, Expediente No. 8887/2007; JPICiv. Y COM., «Cabak Horacio Martín c. Yahoo», 21/6/2017, CCF 13525/2007, confirmada por CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «Cabak Horacio Martín c. Yahoo», 28/12/2017, CCF 13525/2007; JPICiv. Y COM., «Juarez Guadalupe Dora c. Yahoo», 23/10/2017, CCF 9505/2007; JPICiv. Y COM., «Pozzetti Paulina Jimena c. Google», 9/4/2018, CCF 1460/2013; JPICiv. Y COM., «Iracet Estefanía Jennifer Claudina c. Yahoo s/ daños», 22/6/2018, CCF 7873/2007, parcialmente revocado por CNACiv. Y COM. FED. (SALA II), «Iracet Estefanía Jennifer Claudina c. Yahoo s/ daños», 19/3/2019, CCF 7873/2007; JPICiv. Y COM., «Vargues Ursula Andrea c. Yahoo», 2/8/2018, ---, Expediente No. 13647/07; JPICiv. Y COM., «Muzzio Hector Alberto c. Google», 15/8/2018, CCF 1013/2013; JPICiv. Y COM., «Ullman Eva Celeste c. Yahoo», 18/9/2018, CCF 4910/2006; CNACiv. Y COM. FED. (SALA II), «LLR c. Facebook», 5/10/2018, --- ---, Expediente No. 6866/2018; JPICiv. Y COM., «Franco Ana Elena c. Google», 18/2/2019, CCF 3356/2014; JPICiv. Y COM., «Viale Luis Facundo c. Google», 30/5/2019, CCF 6501/2016; CNACiv. Y COM. FED. (SALA II), «Geneux Jesica Lorena c. Yahoo», 29/3/2019, CCF 5007/2006; JPICiv. Y COM., «Saccani Ivana Soledad c. Yahoo», 3/10/2019, CCF 4169/2008; CNACiv. Y COM. FED. (SALA II), «Cavaliere Anselmo Emilio c. Google», 26/2/2019, CCF 8128/2010; JPICiv. Y COM., «Pompillo Natalia Andrea c. Google», 20/5/2020, CCF 5282/2017; JNPICiv. No. 20, «Porrás Agustín c. Google», 8/7/2020, ---, Expediente No. 78513/2015; JPICiv. Y COM., «Sposito Giuliana c. Google», 29/7/2020, CCF 2905/2016; confirmada en CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «Sposito Giuliana c. Google», 11/2/2021, CCF 2905/2016; CNACiv. Y COM. FED. (SALA II), «Giovannetti Marco Antonio c. Google», 29/10/2020, CCF 9057/2018; CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «Goycochea Sergio c. Yahoo», 1/7/2020, CCF 006882/2008; CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «Fantili Kevin Ernesto c. Yahoo», 29/10/2020, CCF 2627/2015; CNACiv. Y COM. FED. (SALA II), «G., M. A. c. Google Inc s/ hábeas data (art. 43 C.N.)», 29/10/2020, La Ley, Expediente No. 9057/2018; CNACiv. (SALA I), «Bechara Ailen c. Google», 30/10/2020, El Dial AABFF7, Expediente No. expte 70982/15; CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «V., A. A. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios», 16/3/2021, La Ley, Expediente No. 68640/2013; CNACiv. Y COM. FED. (SALA II), «V., M. V.

aceptaron los pedidos de desindexación de URLs determinadas²⁸. Muchas decisiones aceptaron las categorías de contenidos propuestas por la Corte en *Rodríguez*, y—así—juzgaron la responsabilidad de los buscadores sólo desde que fueron debidamente notificados judicialmente de que cierto contenido objetable debía ser desindexado²⁹.

Sin embargo, hay excepciones a esta tendencia de acatamiento. En el universo de casos analizados, éstas son minoritarias. Pero son reveladoras de la subsistencia de cierto espacio para el disenso o el desacuerdo con lo definido por la Corte Suprema, que permite a los jueces civiles de instancias inferiores insistir con criterios rechazados o explorar los contornos de una jurisprudencia que dejó muchas preguntas sin responder. Mi hipótesis, que aquí presento, es que ello se debe a la persistencia de ciertos compromisos normativos del derecho civil que resisten el proceso de *constitucionalización* implicado en la jurisprudencia de la Corte, así como a la regla *suave* del precedente que es preponderante en nuestra práctica judicial.³⁰ Ambas

c. Google Inc s/ Acción preventiva de daños», 30/4/2021, La Ley, Expediente No. 9333/2019.

²⁸ CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «C., M. c. Google Argentina S.R.L. y otro s/ medida autosatisfactiva», 15/3/2016, La Ley; CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Bonelli Maria Cecilia c. Yahoo», 16/8/2016, CCF 004684/2008; CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «R., A. B. c. Google Inc. s/ medidas cautelares», 16/5/2017, La Ley; JPICIV. Y COM., «Macedo Maria Isabel c. Yahoo», 18/7/2019, CCF 7697/2008, confirmada por CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Macedo Maria Isabel c. Yahoo», 14/7/2020, CCF 7697/2008; JPICIV. Y COM., «Zampini Carina Liliana c. Yahoo», 10/6/2019, CCF 2918/2008, objeto de un recurso de aclaratoria en este sentido y luego confirmada por CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Zampini Carina Liliana c. Yahoo», 14/7/2020, CCF 2918/2008; JPICIV. Y COM., «Mazzoco Karina Alejandra c. Yahoo», 24/8/2020, CCF 5683/2008; JPICIV. Y COM., «Nara Zaira c. Yahoo s/ daños», 19/10/2020, CCF 4130/2009; JPICIV. Y COM., «Ziampetri Diana c. Yahoo», 15/12/2020, CCF 171/2008; CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «Entratico Guillermina c. Yahoo s/ daños», 16/3/2020, CCF 7241/2007, Expediente No. 7241/2007.

²⁹ CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Manso Maria Veronica c. Yahoo», 2/6/2015, ---, Expediente No. 8408/2007; CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «Piceda Ruben Santiago c. Google», 17/7/2015, ---, Expediente No. 10645/2008; CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Giovanetti Laura c. Yahoo», 2/6/2015, CCF 1841/2008, Expediente No. 1841/2008; CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Pujol Inés c. Yahoo», 14/10/2016, CCF 6291/2008; CNACIV. (SALA C), «Norbis Maria Luisa c. Yahoo», 15/5/2017, --- (que revoca la decisión de primera instancia que había rechazado la demanda); JCYCF1, «Crivocapich Priscila c. Yahoo», 3/8/2017, CCF 2525/2008, revocada por CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «Crivocapich Priscila c. Yahoo», 6/3/2018, CCF 2525/2008; JPICIV. Y COM. No. 4, «Unterubacher Nicole c. Yahoo», 7/8/2017, CCF 4906/2006, Expediente No. 4906/2006; CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «L. S. N. c. Yahoo!», 24/9/2018, La Ley Online AR/JUR/47524/2018; CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «Barreto Gisella Adita c. Yahoo», 14/3/2018, ---, Expediente No. 7440/2008; JNPICIV. No. 6, «Yafar Rodolfo Angel c. Google», 29/10/2019, CIV 109352/2011, revocada por CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «Yafar Rodolfo Angel c. Google», 3/12/2020, CIV 109352/2011.

³⁰ LEGARRE, S., «Precedent in Argentine Law», *European Journal of Comparative Law and Gov-*

características revelan—en este grupo acotado de casos civiles—un proceso de *constitucionalización* inconcluso y negociado, que se lleva adelante en parte a través de un significativo diálogo interjurisdiccional que permite, y en cierto sentido promueve, la subsistencia de esta corriente de litigiosidad.

La resistencia civil

Una concepción posible del proceso de *constitucionalización* del derecho civil podría decir que de lo que éste trata es de la subordinación de una rama del derecho a otra. Implicaría, por ejemplo, someter a ciertos postulados normativos especialmente valiosos para una a los compromisos de la otra. En los casos que nos ocupan, ello podría implicar—por ejemplo—la subordinación del principio de “no dañar a otro” a consideraciones de tipo constitucional. Quizás estamos dispuestos a tolerar los daños que se producen en el curso de la actividad comunicativa, ya que ésta es especialmente relevante para el funcionamiento de las instituciones democráticas. Así, relajamos los principios que regulan al derecho de daños y nos volvemos más exigentes con los supuestos que éste demanda para moverse entre los extremos del *daño* y la *reparación*. La idea de *sometimiento* de una rama a otra tiene sentido desde la propia Constitución y el principio de supremacía de su artículo 31. Sin embargo, la jurisprudencia de responsabilidad de intermediarios en nuestro país muestra que ese proceso no es lineal, está cruzado por tensiones internas y espacios relativamente amplios para el disenso y el desacuerdo. En el análisis de ese universo de casos que evidencian algún tipo de *resistencia* encuentro—al menos—dos grandes categorías.

En un primer grupo de decisiones, los magistrados intervinientes encontraron formas de insistir sobre criterios que *Rodríguez* había rechazado.³¹ En general se reconoce el valor de *Rodríguez* como precedente, pero jueces y juezas de instancias inferiores demuestran no sentirse especialmente limitados o atados por los criterios allí sentados. Así, por caso, algunos ofrecen

ernance, 2013, vol. -1, aop, pág. 1-10, pág. 785. Disponible en <https://brill.com/view/journals/ejcl/aop/article-10.1163-22134514-45060005/article-10.1163-22134514-45060005.xml>.

³¹ Sólo encontré un caso en el que *Rodríguez* es simplemente ignorado. Ver JPICIV. Y COM., «Klein Silvio Franco c. Google», 4/11/2015, CIV 27623/2011 (revocada en CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «Klein Silvio Franco c. Google», 24/5/2016, CIV 27623/2011).

lecturas amplias del criterio de “ilicitud manifiesta”, que *Rodríguez* propuso caso con carácter taxativo.³² Otros insisten con los remedios genéricos que la Corte Suprema había rechazado.³³ Un notable ejemplo en este sentido es la decisión del juez Oscar Ameal en el caso *Pizarro*, quien luego de considerar los argumentos de la mayoría de *Rodríguez* los rechaza, tanto en el alcance de los remedios (genéricos) como en el factor de atribución (objetivo) que corresponde utilizar para juzgar la responsabilidad de los buscadores.³⁴ En un sentido similar, en el caso *Mazza* el voto mayoritario de la jueza Marcela Pérez Pardo de la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil consideró que *Rodríguez* no había impuesto “conclusiones definitivas” sobre el uso de las imágenes, razón por la cual decidió aplicar a esa cuestión jurídica el criterio desplegado por el voto de la minoría.³⁵ En otros casos *Rodríguez* resulta—simplemente—mal leído. Así, por ejemplo, en *Tafet* el juez de primera instancia tomó a la disidencia parcial de *Rodríguez* como parte del voto de la mayoría en cuanto a la ilegitimidad del uso de *thumbnails* en el servicio de búsqueda por imágenes.³⁶

En un segundo grupo de decisiones que parecen resistir los mandatos

³² CSJN, *Rodríguez María Belén c. Google*, cit. cdo. 18 (*supra* nota ???; JPICiv. Y COM., «Molina Miguel Angel c. Google», 10/8/2016, ---, cdo. V (donde el juez de primera instancia consideró que “acusar de un delito a una persona sin denuncia penal que ampare dicha acusación ... es suficiente para considerarlo ostensiblemente injurioso”).

³³ Cf. CNACiv. Y COM. FED. (SALA III), «Cadaveira Enrique Adrian c. Google», 18/5/2015, CCF 1165/2015 (en dónde se ordena que se deje de vincular a “un nombre” con “una palabra”); JNPICiv. No. 35, «Maiorana Analia c. Google y Yahoo», 17/4/2017, ---, Expediente No. 102058/2009; CNACiv. (SALA A), «Maiorana Analia c. Google y Yahoo», 20/4/2018, --- ---, Expediente No. 102058/2009 JPICiv. Y COM., «Prandi Julieta Laura c. Yahoo», 23/3/2018, CCF 4908/2006; JPICiv. Y COM., No. 4, «Moreno Maria Lourdes c. Yahoo y otro», 14/5/2018, CCF 10647/2008; JPICiv. Y COM., «Van Lacke Boullon Gisella Ana c. Yahoo», 28/5/2018, ---, revocada en este punto por CNACiv. Y COM. FED. (SALA I), «Van Lacke Boullon Gisella Ana c. Yahoo», 4/3/2020, ---; JPICiv. Y COM. (No. 2), «Mozzoni, Marina Paola c. Google Inc y otro s/daños y perjuicios», 20/11/2018, CIV 30883/2015; JPICiv. Y COM., «Lovrich Maria Jose c. Google», 28/5/2019, CCF 13345/2007; JPICiv. Y COM., «Gimenez Aubert Maria Susana c. Yahoo», 18/6/2019, CCF 7147/2007; JPICiv. Y COM., «Tobal Maria Eugenia c. Yahoo.», 26/6/2019, CCF 4057/2008; JCyCF1, «Wasinger Vanesa Paola», 18/11/2020, CCF 2018/2018; JPICiv. Y COM., No. 4, «O. I., R. G. c. Google Inc. s/ Acción preventiva de daños», 31/3/2021, La Ley, Expediente No. 1443/2021.

³⁴ CNACiv. (SALA K), «Pizarro Maria Belén c. Google», 1/11/2015, Expediente No. 87049/2009.

³⁵ CNACiv. (SALA L), «Mazza Valeria Raquel c. Google», 11/7/2018, CIV 53931/2007; CSJN, *Rodríguez María Belén c. Google*, cit (disidencia partical de los jueces Lorenzetti y Maqueda). Ver también el voto en minoría de la jueza Mabel de los Santos en CNACiv. (SALA M), «Gimbutas Carolina Valeria c. Google s/ daños», 12/2/2016, Expediente No. 40500/2009.

³⁶ JNPICiv. No. 31, «Tafet Agustina Sol c. Google», 9/4/2015, CIV 32121/2010, cdo. VII.

de *Rodríguez* se introducen nuevas cuestiones, que justifican la distinción de los reclamos, el apartamiento de *Rodríguez* y la construcción de conclusiones diferentes. El mejor ejemplo de esta línea de casos tienen que ver con el uso de la ley 25.326 de Protección de Datos Personales como base de los reclamos—enmarcando a los buscadores como simples administradores de bases de datos—y la invocación, relacionada, del llamado *derecho al olvido*.³⁷ Estas intervenciones incorporan verdaderos “argumentos novedosos” que—en la propia jurisprudencia de la Corte—habilitan a los magistrados de instancias inferiores a no seguir precedentes asentados.³⁸ En sentido similar, algunos casos invocaron a otros marcos normativos para encuadrar el carácter dañino de las publicaciones cuestionadas. Así, en el caso *A., M. I* la sala III de la cámara Civil y Comercial Federal de la ciudad de Buenos Aires usó a la ley Nacional de Salud Mental No. 26.657 para sostener parcialmente una decisión de desindexación.³⁹ En *Marzol*—la decisión que nos convoca—el juez Pico Terrero hizo lo propio con la ley 26.485, de Protección integral a las mujeres.⁴⁰

La lectura de todas estas decisiones dejan sensaciones que, a primera vista, parecen contradictorias. Por un lado, la influencia de *Rodríguez* sobre esta jurisprudencia es notable e incluso los casos en los que es posible ver estas formas débiles de *resistencia* revelan una actitud general de deferencia⁴¹. Pero, por el otro, también es posible ver que en estas decisiones subsiste una aproximación general a las controversias que revelan la persistencia de los marcos tradicionales del derecho civil, que ingresan a la análisis de estas cuestiones desde encuadres diferentes al desplegado por la Corte Suprema.

³⁷ JCyCF1, «Brignardelli Sofía c. Google», 14/7/2020, CCF 7734/2016 (donde no se invoca el derecho al olvido, pero sí la ley 25.326); CNACIV. (SALA H), «Denegri Natalia Ruth c. Google», 12/8/2020, Expediente No. 50016/2016; CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Pompillo Natalia Andrea c. Google», 21/4/2021, La Ley, Expediente No. 5282/2017 (donde sí se invoca el derecho al olvido).

³⁸ CSJN, «Cerámica San Lorenzo, S. A.», 4/7/1985, Fallos 307:1094; GARAY, A. F., «A Doctrine Of Precedent In The Making: The Case Of The Argentine Supreme Court's Case Law», Sw. J. Int'l L., 2019, vol. 25, pág. 63, pág. 318 (señalando que el criterio implica una “invitación al desacuerdo”).

³⁹ CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), «A., M. I. c/ Google Inc. s/ incidente de medida cautelar», 13/2/2015, La Ley; Ley de Salud Pública No. 26.657, Dic. 3, 2010, B.O. No. 32.041.

⁴⁰ Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, Mar. 11, 2009, B.O. No. 31.632.

⁴¹ Como explica Santiago Legarre, incluso “si los tribunales inferiores consideran que no están obligados a hacerlo, es raro que ... no revisen qué dijo la Corte Suprema antes sobre el asunto”. Cf. LEGARRE, S., “Precedent in Argentine Law”, cit, 786.

Hay allí lo que llamaré cierta *primacía del daño*. Digámoslo de la siguiente manera: un civilista ve a un daño y quiere, naturalmente, repararlo o prevenirlo. Esta dimensión de los casos bajo estudio se ve—por ejemplo—en un nivel de teorización más desarrollado sobre la dimensión *civil* de la controversia, que—además—antecede a la presentación de la discusión constitucional.⁴² Ésta emerge muchas veces como una cuestión secundaria, que viene a limitar en todo caso la plena vigencia de un principio fundamental del derecho civil y del derecho en general (como la reparación de un daño causado o la obligación de prevenir uno que está por causarse).

En *Rodríguez* la Corte rechazó expresamente seguir ese encuadre típico del derecho civil. El tribunal señaló que “a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue—como lógico corolario—la inexistencia de responsabilidad”.⁴³ La solución contraria basada en la primacía del derecho de daños generaría un incentivo irresistible a favor de la moderación más estricta de los contenidos, lo que frustraría una de las principales promesas de Internet a la democracia.⁴⁴ Este es el motivo principal por el cual *Rodríguez* puede verse como parte del proceso de *constitucionalización* del derecho civil, en los términos antes mencionados. Y la persistencia de los marcos civilistas en las decisiones minoritarias antes descritas pueden verse como parte de un proceso de *resistencia*, en el que un subcampo del mundo jurídico—el *civilista*—resiste naturalmente la invasión de otro.⁴⁵

Esta tensión se puede ver en *Marzol*. En esta decisión, el encuadre principal es tributario del derecho de daños; los argumentos constitucionales vienen después, los primeros se encuentran mejor teorizados. Pero es una decisión que—como la mayoría—se mueve enteramente dentro de los parámetros de *Rodríguez*. Se trata de un universo de acatamiento y resistencia débil,

⁴² GIULIANO, S.; S. GUIDI, «Las medidas preventivas frente a la libertad de expresión», *Revista de Derecho de Daños*, 2016, vol. 2016, 2, págs. 477-522 (quienes identifican este problema en el caso CNAC.CIV. [SALA J], «Duhalde, Eduardo c. D’Elía, Luis», 25/6/2015, Expediente No. 6926/07: “Casi toda la resolución está dedicada a reivindicar la función preventiva del derecho de daños, con algunas referencias al fundamento constitucional que encontraría en el art. 19 CN. La única referencia a la libertad de expresión está en el siguiente párrafo ...”).

⁴³ CSJN, *Rodríguez María Belén c. Google*, cit., cdo. 16.

⁴⁴ USSC, «American Civil Liberties Union v Reno», 26/6/1997, U.S. 521:844.

⁴⁵ BOURDIEU, P., «The Force Of Law: Toward A Sociology Of The Juridical Field», *Hastings LJ*, 1987, vol. 38, pág. 805.

en el que el derecho civil fue construyendo—dentro de los límites fijados por la Corte Suprema—una serie de supuestos en los que los buscadores pueden ser responsabilizados bajo determinadas circunstancias y ciertos contenidos pueden ser efectivamente desindexados, como en *Marzol* ocurrió de la mano de argumentos aparentemente novedosos.⁴⁶

Los precedentes suaves

El carácter “negociado” del proceso de *constitucionalización* es posible no sólo por la lógica persistencia de los marcos conceptuales del derecho civil como encuadres preferentes a la hora de abordar este tipo de controversias, sino—también—por la falta, en nuestro medio, de una adecuada teoría del precedente. Este es un déficit notable, que ya ha sido señalado por—entre otros—Carlos Nino, Lino Palacio y Genaro Carrió.⁴⁷ Esta ausencia genera dos tipos de problemas. Por un lado, la autoridad de los casos pasados y de tribunales superiores es menor que en otras jurisdicciones. Si bien nuestra Corte Suprema afirma rutinariamente la importancia de que los tribunales inferiores respeten sus decisiones,⁴⁸ ella misma ha creado criterios laxos que—en palabras de Alberto Garay—son una abierta “invitación al desacuerdo”.⁴⁹ Tenemos una regla del precedente “suave”⁵⁰: para nosotros, la jurisprudencia es una fuente de autoridad menor, relativa, no obligatoria,

⁴⁶ JPICIV. Y COM. (No. 7), «Marzol, Noelia c. Google Inc. s/ acción preventiva de daños», 31/8/2022, Expediente No. 4684/2020, cdo. 6; CNACIV. (SALA L), «Evangalina Carrozo c. Yahoo», 10/12/2013, --- (que ya había invocada la ley 26.485).

⁴⁷ GARAY, A. F., “A Doctrine Of Precedent In The Making: The Case Of The Argentine Supreme Court’s Case Law”, cit., págs. 269-272 (discutiendo estas y otras aproximaciones a este problema).

⁴⁸ CSJN, «Miguel Baretta c. Provincia de Córdoba», 15/5/1939, Fallos 183:409 (“...no podría el Tribunal apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio ... Sería ... en extremo inconveniente para la comunidad ... si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos ... aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de ‘stare decisis’ sin las debidas reservas... no es menos cierto, que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara, el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución ... debe buscarse en la doctrina de los... precedentes”).

⁴⁹ CSJN, «Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro», 21/3/2006, Fallos 329:759; GARAY, A. F., “A Doctrine Of Precedent In The Making: The Case Of The Argentine Supreme Court’s Case Law”, cit., pág. 318.

⁵⁰ LEGARRE, S., “Precedent in Argentine Law”, cit., pág. 785.

de cuyas ataduras es relativamente fácil liberarse.⁵¹

Pero hay un segundo problema, que desde el punto de vista de la jurisprudencia aquí analizada estimo más grave. Se trata del descuido que en nuestra práctica mostramos hacia los hechos de los casos. Incluso cuando reconocemos algún tipo de autoridad a decisiones pasadas, tendemos a citar los precedentes judiciales como citamos a la doctrina: porque utilizan argumentos persuasivos o resuelven controversias jurídicas y teóricas. Así, *Rodríguez* es—en general—invocado para resolver desacuerdos de éste último tipo: el factor de atribución, la amplitud de los remedios, las condiciones de la responsabilidad, etcétera. Esta modalidad es muy diferente a la del tradición del *common law*, donde lo relevante de los casos son los hechos: éstos determinan si las reglas que los precedentes establecen se deben aplicar o, por el contrario, justifican trazar distinciones relevantes. Nuestra tendencia a la cita *doctrinaria* de los precedentes nos lleva a invocarlos en términos excesivamente generales, una falencia que Garay atribuye directamente a nuestra pedagogía jurídica y a cierto persistente compromiso con la tradición continental que sostiene que el derecho es legislación o no es.⁵² Así, cuestiones centrales de las controversias jurídicas supuestamente controladas por esos precedentes son pésimamente discutidas. Pongamos un ejemplo.

La jurisprudencia posterior a *Rodríguez* muestra un notorio déficit en discutir en qué sentidos los contenidos cuestionados producen un daño. Por ejemplo, ¿es lo mismo el uso de los nombres de personas famosas en el código HTML de una página para capturar tráfico que la reproducción de contenidos reales sobre esa persona con el mismo objeto? ¿El daño que produce la reproducción de contenidos para los que hubo consentimiento es igual que el que produce la reproducción de contenidos en los que ese consentimiento estuvo ausente? La jurisprudencia bajo análisis mostró—en general—criterios divergentes sobre todas estas preguntas, pero estos nunca son objeto de discusión en términos de *precedentes*: las decisiones judiciales previas *nunca son invocadas porque los hechos de los casos coinciden*

⁵¹ GARAY, A. F., “A Doctrine Of Precedent In The Making: The Case Of The Argentine Supreme Court’s Case Law”, cit., págs. 269-272 (recordando las opiniones, al respecto, de Carlos Nino, Lino Palacio, y Genaro Carrió, entre otros).

⁵² *Ibid.*, págs. 286-289.

(aunque lo hagan). Ello nos priva de la posibilidad de que la jurisprudencia crezca gradualmente, creando reglas generales pero que se van particularizando ante hechos diferentes. Por ejemplo, en una serie de decisiones notoriamente similares entre sí, la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial federal de la ciudad de Buenos Aires consideró que no hay daño alguno en el uso de imágenes *thumbnails* en los servicios de búsqueda por imágenes ya que las actoras no habían podido demostrarlo más allá de una mera conjetura.⁵³ En otros casos, sin embargo, los jueces no pidieron pruebas sobre este punto: dadas ciertas condiciones, como por ejemplo, que los vínculos sean con páginas de contenido pornográfico, el daño era asumido por más que no se haya producido alguna prueba específica de “daño cierto”.⁵⁴ En otros casos quizás no sería necesario exigir pruebas específicas: los casos en los que los contenidos son indudablemente íntimos merecen—en general—la acción diligente de las plataformas bajo el parámetro de “manifiesta ilicitud” de *Rodríguez*, por lo que no han merecido reproches judiciales.⁵⁵ Todas estas diferencias fácticas son enormemente significativas, pero los precedentes no las ordenan. Las decisiones pasadas se vinculan con las actuales por otros caminos.

Marzol revela en parte estos problemas. Allí está en cuestión la grabación de una obra de teatro, pero de la decisión no queda clara la naturaleza del problema. ¿Se trata de que el contenido fue alojado en páginas de contenido pornográfico o que éste fue realizado sin su consentimiento? ¿El daño se origina en lo primero, en lo segundo, es una combinación de ambos? Por otro lado, tampoco se discute la cuestión del consentimiento, que es central en la ampliación de fundamentos del juez Carlos Ronsenkranz en *Gimbutas*.⁵⁶ ¿El consentimiento estuvo ausente durante la grabación, o éste falta respecto de su difusión? Por otro lado, ¿en qué dimensión el carácter “erótico” de la obra de teatro en cuestión es constitutivo del daño?

⁵³ CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), «Rondinone Romina Ines c. Yahoo s/ daños y perjuicios», 30/3/2016, CCF 1719/2008, *Monteleone Carina Fernanda c. Yahoo*, cit., *Bolatti Andrea Leticia*, cit., «Buttiglieno Jimena c. Yahoo», 14/10/2016, ---, Expediente No. 5092/2008; JPICIV. Y COM., *Abramo Laura Graciela c. Google*, cit.

⁵⁴ *Ver*, p.ej., CNACIV. Y COM. FED. (SALA I), «Lechini Gilda Melisa c. Yahoo», 17/5/2016, CCF 8418/2008.

⁵⁵ CNACIV. Y COM. FED. (SALA III), *Fantili Kevin Ernsto c. Yahoo*, cit.

⁵⁶ CSJN, *Gimbutas Carolina Valeria c. Google s/ daños*, cit.

Y, por último, la decisión no discute con precisión por qué la grabación y el vínculo construido por los buscadores constituye una forma de violencia contra la mujer en los términos de la ley 26.485. Quizás hay buenas razones para ello, pero la decisión no las explicita.

La constitucionalización negociada

La persistencia de los compromisos normativos del derecho civil y una modalidad *doctrinaria* de cita a precedentes explican, en parte, por qué el proceso de *constitucionalización* no puede entenderse linealmente. La idea de subordinación que expuse antes presenta una imagen que—desde el punto de vista de la jurisprudencia aquí analizada—es incorrecta. La *constitucionalización* corta hacia ambos lados: la Corte Suprema impuso criterios constitucionales relevantes a la hora de crear, en *Rodríguez*, una regla que limitaba la responsabilidad de los buscadores, pero no creó una regla de indemnidad absoluta. Esa intervención siempre fue un intento por ordenar una discusión judicial compleja sobre temas novedosos que estaba motivada en una persistente corriente de litigiosidad, administrada principalmente por el derecho civil.

Esta tensión que cruza a esta línea jurisprudencial existió en la propia decisión de *Rodríguez*: la disidencia parcial de los jueces Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda estuvo fundada en dos puntos que continuaron siendo controversiales desde entonces: el uso de las *thumbnails* en el servicio de búsqueda por imágenes y la posibilidad de la tutela preventiva, que habilitaría a los jueces a pensar en remedios tendientes “tanto a eliminar otros enlaces existentes—no identificados—que vinculen el nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico, como a evitar que en el futuro se establezcan nuevas vinculaciones de la mismas características, todo ello con el objeto de prevenir que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva de los derechos personalísimos de la actora”.⁵⁷ Los jueces destacaron de manera expresa que “la libertad de expresión que protege a quienes realizan la actividad de buscadores en internet no es incompatible con la responsabilidad

⁵⁷ CSJN, *Rodríguez María Belén c. Google*, cit., cdo. 31 (disidencia parcial de Lorenzetti y Maqueda).

civil en su aspecto preventivo”, recordaron el “principio general de prevención del daño” y postularon que es posible “reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, acorde con la tecnología disponible, los ‘motores de búsqueda’ adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos”.⁵⁸ (Los compromisos normativos del derecho civil tienen en Lorenzetti a un buen exponente en la Corte Suprema).

En este sentido, el equilibrio que creó *Rodríguez* y los casos posteriores está lejos de ser un triunfo total del constitucionalismo sobre el derecho civil. Si bien algunas de esas intervenciones posteriores insistieron con criterios previos⁵⁹ o rechazaron argumentos novedosos que emergieron en los tribunales inferiores,⁶⁰ estuvieron lejísimos de imponer una solución binaria. Y tampoco eliminaron los riesgos para la libertad de expresión que esta corriente de litigiosidad plantea, aunque los moderaron. En términos de incentivos, *Rodríguez* creó una regla que evita que los buscadores asuman un rol proactivo de vigilancia previa bajo la amenaza de potenciales pasivos económicos en concepto de contingencias causadas por probables litigios futuros. Pero el mecanismo de desindexación al que *Rodríguez* intentó darle forma opera como un mecanismo eficiente que permite que—efectivamente—ciertos contenidos desaparezcan de Internet. Porque, como la propia Corte Suprema reconoció en *Denegri*, la eliminación de una página web de un buscador puede tener efectos “igualmente gravosos” que su eliminación total.⁶¹

A ocho años de *Rodríguez*, cabe señalar que el modelo de *notice and take-down* que la sentencia abrazó está en crisis; es un sistema que puede ser fácilmente abusado y no incluye de ninguna forma a los autores de los contenidos cuestionados, quienes no tienen intervención en los procesos y no pueden—en consecuencia—defenderse de una acción que equivale a una forma bastante grosera de censura. Es por ello que en las últimas propuestas

⁵⁸ *Ibid.*, cdo. 31 (disidencia parcial de Lorenzetti y Maqueda).

⁵⁹ CSJN, *Gimbutas Carolina Valeria c. Google s/ daños*, cit., *Paquez José c. Google*, cit.

⁶⁰ CSJN, *Denegri, Natalia Ruth c. Google Inc. s/ derechos personalísimos*, cit.

⁶¹ *Ibid.*, cdo. 12.

regionales en torno a posibles regulaciones⁶² o los estándares de derechos humanos desarrollados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶³ el respeto por el “debido proceso” tiene un lugar central para las acciones “privadas” de las plataformas. Ese reclamo debería estar igual de presente en los procesos judiciales que buscan forzar esas acciones de moderación.

En discursos de escaso valor público, como la mayoría de los involucrados en este tipo de casos, ello no es—quizás—especialmente problemático. Pero incluso en estos contextos, el sistema depende de que las empresas intermediarias interpreten restrictivamente los pedidos de las personas supuestamente afectadas por vínculos objetables y estén dispuestos a resistir ante los tribunales los pedidos más endeables. Y requiere de jueces que revisen con cuidado cada uno de los contenidos cuestionados, algo no compatible con la tendencia usual de que los contenidos a desindexar sean identificados por la parte actora *luego* de producirse la sentencia (*Marzol* es un buen ejemplo en ese sentido). Esa atención es imprescindible: en *Manso*, por ejemplo, la actora incluyó dentro de las páginas cuestionadas a *Pergamino Virtual*, un sitio web periodístico de esa ciudad bonaerense.⁶⁴

Conclusión

El caso *Marzol* es un buen ejemplo del desarrollo y evolución de esta jurisprudencia, y refleja bien las contradicciones que la atraviesan. Por un lado, en la decisión se ve claramente lo que llamé la *primacía del daño*, el marco conceptual preponderante es el del derecho civil. Pero, por el otro, la decisión se mueve enteramente dentro del mundo creado por *Rodríguez*.

⁶² OBSERVACOM, «Estándares para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en línea y una Internet libre y abierta». Observacom, Montevideo, Uruguay. Julio de 2020. Pág. 4.4.

⁶³ CIDH, “Libertad de expresión e Internet”, cit., párr. 106; “Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente”, cit., párr. 107.

⁶⁴ CNACIV. Y COM. FED. (SALA II), *Manso Maria Veronica c. Yahoo*, cit. (donde los jueces entendieron que los contenidos de esa página “no contienen elementos que pudieren ser considerados pornográficos u ofensivos. En ese sentido, debo decir que le asiste razón al buscador con respecto al último de los sitios indicados, pues de las constancias anexadas no se desprenden contenidos ilícitos que puedan dar lugar al mentado bloqueo.).

En el marco de una acción preventiva del daño el juez podría haber aceptado la invitación de la disidencia parcial de Lorenzetti y Maqueda, pero no lo hizo: se limitó a ordenar una desindexación típica de las decisiones post *Rodríguez* que acataron al criterio de la mayoría del tribunal. A la vez, el juez avanzó con criterios más o menos novedosos:⁶⁵ la invocación de la ley 26.485 para enmarcar el carácter dañoso de los vínculos es una forma de fortalecer “el lado civil” de la controversia, con base en buenas razones de interés público (esencialmente útiles para avanzar el paradigma civilista en el marco de estos procesos de constitucionalización “negociada”).⁶⁶

⁶⁵ CNACIV. (SALA L), *Evangelina Carrozo c. Yahoo*, cit. (donde se había utilizado el mismo argumento).

⁶⁶ JPICIV. Y COM. (No. 7), *Marzol, Noelia c. Google Inc. s/ acción preventiva de daños*, cit., cdo. 6.