

SE PRESENTA Y MANIFIESTA COMO AMIGO DEL TRIBUNAL

Excma. Suprema Corte,

Enrique Alberto Chaparro y María Beatriz Busaniche, por propio derecho y en representación de la *Fundación para la difusión del conocimiento y el desarrollo sustentable "Vía Libre"* (en adelante, *Fundación Vía Libre*), constituyendo domicilio en la calle xxxxxx no. xxx, de la Ciudad de Buenos Aires, con correo electrónico info@vialibre.org.ar, con el patrocinio letrado de la Dra, María Elena Casañas, T. 20 F. 81 CPACF, en autos "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios" (R. 522. XLIX-REX), de conformidad con la providencia de ese alto Tribunal de fecha 29 de abril de 2014 en los referidos autos convocando a audiencia pública de carácter informativo con participación de amici curiae, y conforme a lo establecido en la Acordada 7/13 de esa Corte Suprema, respetuosamente se presentan y dicen:

I - PERSONERÍA

Enrique A. Chaparro es Presidente de la Fundación Vía Libre según constancia de actas número 159 del 27 de mayo de 2013 y 160 del 7 de junio de 2013 cuya copia simple se acompaña y cuya copia autenticada se encuentra adjunta a la solicitud de inscripción en el registro de amigos del tribunal y, en tal carácter, se encuentra expresamente autorizado a representar a la organización en la presente acción de conformidad con el art. 15 del estatuto acompañado, en las mismas condiciones que las mencionadas actas.

María Beatriz Busaniche es Secretaria de la Fundación Vía Libre según constancia en las actas mencionadas; es Licenciada en Comunicación Social de la Universidad Nacional de Rosario, Magister en Propiedad Intelectual de FLACSO Argentina y Candidata al Doctorado en Ciencias Sociales por FLACSO Argentina gracias a una Beca Profor del Ministerio de Educación de la Nación. Su tesis de Maestría en Propiedad Intelectual, calificada con Sobresaliente, versa sobre "Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Tensiones existentes entre la Ley 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina" y analiza la Ley 11723 a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional desde 1994. Es docente de grado en la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA en la Carrera de Ciencias de la Comunicación, en la materia "Taller de Introducción a la Informática". Es docente de posgrado en la Maestría en Gestión de Organizaciones del Sector Cultural de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA, en la Especialización en Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la UBA y, en FLACSO Argentina, es docente en el Posgrado en Comunicación y Cultura y titular de la cátedra de Derechos Humanos y Propiedad Intelectual en la Maestría en Propiedad Intelectual.

II - OBJETO

Vienen a presentar este memorial como **Amigo del Tribunal** a los fines de acercar a esa Corte consideraciones relativas a la cuestiones de derechos fundamentales involucradas en la causa de referencia.

Sobre la base de los fundamentos que a continuación se exponen, solicitan se tenga a la Fundación Vía Libre y a los propios peticionantes por presentados en el carácter invocado, se incorpore este memorial al expediente de referencia, sin perjuicio de ampliar oralmente los argumentos si así lo resolviera esa Corte, y se lo tenga en cuenta al momento de resolver.

III - ADMISIBILIDAD

1.

La Fundación Vía Libre manifiesta su interés de concurrir a esta causa como amigo del tribunal con base en las siguientes consideraciones:

La Fundación Vía Libre trabaja desde hace más de 13 años en asistir a tomadores de decisiones de políticas públicas en aspectos vinculados a las regulaciones de Internet. La misión de la organización es promover debates tendientes a establecer los principios de Derechos Humanos como rectores en el diseño de políticas y regulaciones en los diversos campos de trabajo de la Fundación. Desde esta perspectiva, el trabajo permanente con legisladores nacionales, funcionarios del poder ejecutivo, la participación en foros de políticas regionales y globales, y el seguimiento de los debates asociados a las tecnologías digitales y los derechos humanos son parte ineludible de la actividad de la Fundación, que también promueve el debate ciudadano en la materia.

La propiedad intelectual, aspecto clave incorporado en el caso por el cual se realiza esta convocatoria, es uno de los temas más complejos sobre los que regularmente trabaja la Fundación. Un fallo en esta materia es esencial para establecer no sólo la jurisprudencia a seguir, sino los lineamientos de cómo deberá ser interpretada la ley 11723 en el futuro. La Ley de Propiedad Intelectual es uno de los campos de trabajo principales de la Fundación Vía Libre, por lo que aspiramos a tener la oportunidad de ofrecer al tribunal nuestra experiencia y visión de la misma.

La organización es, en su campo, una de las instituciones más reconocidas a nivel nacional y regional en la materia y es consultada regularmente por funcionarios públicos, legisladores de diferente origen partidario, activistas y organismos de la sociedad civil así como por contrapartes de toda la región, en particular del Mercosur.

La encrucijada abierta entre la vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual en Argentina y las nuevas prácticas y cambios que trajo aparejada la diseminación de las tecnologías digitales son el campo de trabajo de la Fundación como organización y de muchos de sus miembros en particular. Institucionalmente la Fundación está conformada por equipos interdisciplinarios que nuclean expertos en Ciencias Sociales, Derecho, Informática, y expertos en propiedad intelectual.

2.

La Fundación Vía Libre sostendrá que la posición más favorable al interés público y a la defensa de los derechos fundamentales es la que lleva a rechazar las pretensiones de la actora.

3.

Ni la Fundación Vía Libre ni sus miembros del Consejo de Administración

presentándose aquí por derecho propio han recibido financiamiento ni ayuda económica alguna en relación directa o indirecta con este caso de ninguna de las partes. La Fundación Vía Libre ha recibido, según las constancias obrantes en sus registros contables, donaciones con propósito específico de Google Argentina S.R.L., subsidiaria por interpósita empresa de la demandada Google, Inc., de acuerdo con el siguiente detalle:

- \$ 1000 para la realización del PyDay en Córdoba (un evento que reúne a los programadores de lenguaje Python) en agosto 2011, P/O N° 83002510
- \$ 20000 para la realización de parte de la etapa argentina del proyecto LibreBus Cono Sur, un proyecto que involucró a Fundación Vía Libre y a otras organizaciones de Chile, Paraguay, Uruguay y Argentina, financiado fundamentalmente por la Agencia Española de Cooperación Internacional, en agosto de 2012, P/O N° 83002549

En ninguno de los dos casos el donante fue el único financiador del proyecto.

Ni Fundación Vía Libre ni sus miembros del Consejo de Administración que se presentan aquí por propio derecho han recibido ni recibirán de ninguna de las partes resarcimiento ni compensación de ningún tipo que se relacione con esta presentación. Tampoco obtendrán beneficio patrimonial alguno, directo o indirecto, como resultado de proceso.

IV - ARGUMENTOS

1. Introducción

Un buscador, o motor de búsqueda, es un servicio de catalogación de contenidos en la World Wide Web. Aunque en lenguaje común suele hablarse de "buscadores de Internet", en realidad estos servicios, y en particular el que presta la empresa demandada, se ocupan solo de catalogar archivos presentes en servidores web y accesibles mediante el protocolo HTTP.

Un buscador es, en esencia, un catálogo de elementos distinguibles en la WWW por un identificador único (localizador uniforme de recursos o URL, por sus siglas en inglés), generalmente llamados "páginas web".¹

El buscador proporciona un índice de las páginas web; en sentido más general y al mismo tiempo más preciso, proporciona un índice de las páginas HTML y otros recursos de texto humanamente legibles, de modo tal que el usuario, interrogando al buscador por una o más palabras clave, obtendrá como respuesta una lista ordenada de todos los recursos textuales que contienen esas palabras. El ordenamiento relativo de las respuestas es automático, y se realiza conforme a algoritmos privativos de la empresa que brinda el servicio. Estos algoritmos traducen a un proceso automático lo que podríamos determinar como una "política editorial", en el sentido en que procuran presentar los resultados ordenados en función de su importancia relativa para el lector. En la determinación de esta importancia relativa juegan factores absolutos, como por ejemplo el número de otros sitios web que enlazan al sitio web referido, y relativos al usuario, por ejemplo presentándole con mayor prioridad los enlaces a sitios en su idioma o geográficamente cercanos. Las respuestas se presentan en la forma de un breve

¹ Esta individualización es, sin embargo, incorrecta en sentido estricto. Una "página" web es un recurso individualizable por URL compuesto por un archivo de texto en lenguaje de demarcación HTML. Otros elementos que no forman parte de la página, pero son invocados por ella, también tienen su URL. Por ejemplo, una imagen que ilustra la página, o un documento en formato PDF, o un archivo de sonido digitalizado.

texto que contiene el título de la página donde se hallan los términos buscados, su localizador uniforme (URL), y un par de líneas del contexto en que se hallan ubicados los términos buscados (*snippet*).

Para crear los índices, es obviamente necesario en primer lugar determinar el contenido de las páginas web. Esta tarea es efectuada por programas conocidos como robots, *crawlers* o *spiders* que, en sentido figurado, "recorren" la web. Los autores de sitios web pueden decidir si desean que el contenido de un sitio sea indexado o no² mediante un protocolo bien establecido. El *crawler* "lee" primero, en cada sitio, el archivo *robots.txt*, que contiene esas autorizaciones; si no encuentra allí ninguna restricción, procede a obtener una copia de la página para que inmediatamente otro programa la trate, extrayendo cada término y colocándolo en un índice inverso que el servicio de buscador almacena. Así, cuando un usuario hace una consulta, la búsqueda se realiza automáticamente en los sistemas de índices inversos de los servidores del buscador, y los resultados se presentan conforme al tratamiento en tiempo real y automático dado por los algoritmos que comentábamos más arriba. Los buscadores no indexan la totalidad del contenido de la WWW: por un lado, por la propia dinámica de la web en la que los contenidos mutan y se incrementan a una velocidad extraordinaria, y entonces los buscadores optan por referir la mayor cantidad posible de sitios, priorizando la actualización de los índices de aquellos que consideran más significativos; por otro, porque no presentan resultados para los sitios o las páginas que indiquen que no deben ser referidos; y finalmente porque se abstienen de presentar índices a contenidos no interpretables directamente, o carentes de importancia semántica, como *scripts* que ejecutan acciones dentro de una página, hojas de estilo que solo sirven a la estética del texto, o representaciones digitales que necesitan de una decodificación intermedia y para cuya recuperación no existen por lo tanto "palabras clave" en lenguaje humano (por ejemplo, sonidos e imágenes -- abordaremos más adelante la cuestión del "buscador de imágenes"),³ o, dicho de otro modo, no indexa resultados que no puedan ser recuperados mediante una secuencia de lenguaje humano escrito.

La tarea de un buscador guarda similitudes significativas con otras formas más antiguas de catalogación de la información, desde las fichas bibliográficas a las guías telefónicas. Permítasenos una breve analogía: en la actividad científica, la necesidad de estar al tanto de los avances realizados por otros investigadores del mismo campo o campos relacionados es primordial. Estos avances son reflejados por las publicaciones científicas. Pero ningún instituto de investigación, ninguna universidad, cuentan con los recursos suficientes para suscribirse a todas las publicaciones y dedicar personal especializado a rastrear en ellas las cuestiones de interés de los investigadores. Antes de que la Internet permitiera comunicación casi instantánea y acceso virtualmente inmediato a recursos remotos, este hueco lo llenaban⁴ publicaciones especializadas de aparición muy frecuente como

2 El margen de acción para el autor o el responsable del sitio es, en realidad, bastante más amplio. Puede determinar qué páginas desea que sean indexadas y cuáles no, y hasta discriminar los *crawlers* habilitados para ello, usando el archivo *robots.txt* al nivel del sitio o la metaetiqueta "robots" a nivel de cada página individual.

3 Por ejemplo, el contenido de un archivo digital que representa sonidos no aparecerá en el buscador. En el estado actual del arte, es imposible que un usuario introduzca una representación de una secuencia sonora en el buscador y este le devuelva los URLs de todos los archivos que contienen esa secuencia.

4 En realidad, lo siguen llenando pero bajo otra forma. *Current Contents* es ahora un servicio que se presta a través de la web.

Current Contents (esta, en particular, era semanal) que eran simplemente un catálogo bibliográfico del contenido de numerosas publicaciones de diversos campos de la ciencia.

Mutatis mutandis, los buscadores son la *Current Contents* de la web, un catálogo que se actualiza con muchísima mayor frecuencia⁵, respecto de un entorno muchísimo más extenso⁶ y variado que en buena medida hace recordar doblemente a Jorge Luis Borges (el de "La biblioteca de Babel" y el de "El idioma analítico de John Wilkins"). Como *Current Contents*, los buscadores ordenan índices a contenidos producidos por terceros de acuerdo con pautas que ellos mismos establecen y se dan un "línea editorial", sin agregar ningún contenido sustantivo propio, obtienen de ello beneficios económicos,⁷ y su base principal de aceptación en el mercado (y, por lo tanto, su éxito o fracaso económico) depende de ser vistos por el público como proveedores confiables de la mayor cantidad posible de resultados significativos.

Debe tenerse en cuenta que, aunque presta un servicio al público que dada la presente complejidad de la web puede considerarse esencial, un buscador no es un servicio público en el sentido que no está sujeto a reglas particulares dictadas por ley o por actos administrativos. A diferencia de una guía telefónica, que debe cumplir ciertas condiciones impuestas por los instrumentos que regulan el servicio o por un contrato de concesión, las "decisiones editoriales" de los buscadores caen bajo las reglas generales de la libertad de empresa.

2. Tensiones entre derechos fundamentales

El extraordinario desarrollo de la Internet, y de los servicios que se prestan en la World Wide Web en particular, ha acarreado enormes beneficios para el conjunto de la humanidad. Ha hecho asequible el conocimiento a un número de personas antes imposible de alcanzar; ha facilitado la creación de la enciclopedia más grande de la historia; ha reducido considerablemente las barreras prácticas para el ejercicio efectivo de la libertad de expresión. Pero esta biblioteca borgiana contiene también materiales susceptibles de afectar derechos fundamentales como la reputación, y ha permitido invasiones masivas de la vida privada a escalas jamás imaginadas. La infraestructura en que se apoya ha facilitado la vigilancia masiva de las personas en modos que afectan gravemente sus derechos fundamentales. Necesariamente, en este contexto aparecen tensiones entre derechos igualmente significativos, tensiones que deben ser resueltas para restaurar el equilibrio o propender a él.

En el caso que aquí se plantea se aprecian claramente estas tensiones entre derechos humanos consagrados en nuestro texto constitucional. Por un lado, la posible afectación del derecho a la vida privada, la honra y la reputación, consagrado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

5 Los crawlers recorren algunos sitios considerados particularmente críticos con intervalos de pocos segundos.

6 La empresa consultora Netcraft registraba, a comienzos de mayo de 2014, 975.262.468 sitios distintos en la web. El número de sitios "activos", es decir, con contenido diferenciable y públicamente accesible, se estimaba según la misma fuente en el orden de 183 millones.

7 En el caso de los buscadores, obtienen beneficios económicos de dos formas principales: publicidad dirigida directa, a través de resultados promocionados y avisos, diferenciables claramente en la página de respuestas del buscador y que son contextuales a la búsqueda y al perfil de búsqueda del usuario, y obtención de perfiles estadísticos de comportamiento, anonimizados, que comercializan a terceros también con fines de publicidad dirigida, marketing, predicción de tendencias, etc.

(DUDH), el V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), el 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Por el otro, el derecho a la libertad de opinión y expresión consagrado en los artículos 19 de la DUDH, IV de la DADDH, 13 de la CADH, 19 del PIDCP y 13 de la CDN y sus correlatos simétricos, el derecho a buscar, recibir y difundir información y el derecho a participar en la vida cultural, consagrados en los artículos 19 y 27.1 de la DUDH, XIII de la DADDH, 13.1 de la CADH, 19.1 del PIDCP, 15 a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 13.1 y 31 de la CDN.

La libertad de expresión y su simetría en el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones en la Internet tienen tal relevancia (en especial, por la ya señalada capacidad de facilitar su efectivo ejercicio), que el legislador ha creído necesario hacerlo notar mediante una ley específica, la 26.032, a diferencia de otros derechos igualmente importantes.

Por otro lado, también se plantea en el caso una cuestión relacionada con la reproducción de la imagen fotográfica de la demandante, en los términos del artículo 31 de la ley 11.723, mediante el servicio de buscador de imágenes que presta la demandada.

3. La responsabilidad de los buscadores

La primera cuestión que se plantea a esta Corte es la de la responsabilidad que debe atribuirse a los buscadores por la indexación de contenidos generados por terceros.

Deseamos hacer notar que la eliminación del índice a un contenido en un buscador no elimina el propio contenido, sino solo dificulta el acceso a él para el usuario que interroga a ese buscador, del mismo modo que la eliminación de la ficha bibliográfica de un libro del catálogo de una biblioteca dificultará el acceso a él para el potencial lector que lo busque en ese catálogo, pero no le impedirá hallarlo si recorre los anaqueles al pasar o sabe cuál es su ubicación física. Pero, además, para que la obstaculización que se pretende resulte eficaz, esta debe generalizarse a todos los buscadores, y no aplicarse solamente a uno o a un subconjunto particular. En efecto, eliminar una entrada de índice en Google no impide hallar una entrada equivalente en Bing, Yahoo, Ask, AOL Search, Wow, o cualquier otro servicio de búsqueda.

También debe notarse que la eliminación de índices en un buscador acarrea dos problemas paralelos. Si la eliminación que se solicita es lo suficientemente precisa, es decir, identifica claramente el URL que causa el perjuicio, los perjuicios potenciales a intereses legítimos de terceros y al derecho a buscar y recibir información del público en general se minimizan. Pero, dadas las facilidades técnicas, es extremadamente sencillo mover el contenido ofensivo a otro URL, que será indexado por el buscador. Por ejemplo, suponiendo que el contenido cuestionado estuviese en <http://www.sitio.com/ofensivo.html>, un usuario no lo hallará en el buscador; pero el ofensor podrá rápidamente, mediante una operación sencillísima, mudarlo a <http://www.sitio.com/ofensivo1.html> y esperar hasta que los *crawlers* lo incorporen al buscador. En medida en que no se logre que el presunto infractor elimine el contenido y, de corresponder, reciba la concomitante sanción, este juego de gato y ratón puede repetirse *ad nauseam*. Si,

en cambio, la eliminación que se solicita es menos específica, se materializa el riesgo de afectar la libertad de expresión y el derecho a buscar y recibir información invariablemente. Este caso da un excelente ejemplo de ello, al haber una homónima de la actora que, además, comparte con ella el campo de actividad profesional (y es, al presente, considerablemente más notoria en razón de su trayectoria profesional y otras cuestiones).

Como problema adicional, nótese que si el mandato de eliminación u ocultamiento del índice se cumple solo para el territorio de un Estado, aquel en que el magistrado que lo ha ordenado tiene jurisdicción, aún podrá ser visto en otros territorios. Y, en todo caso, usando servidores intermedios que enmascaren el origen, los usuarios del Estado donde rija la prohibición también podrán hacerlo.

En síntesis, en el orden práctico, nos hallamos ante una encrucijada. Ha sostenido en estos autos la Sala A de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, refiriendo a la jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, 6/9/2012, "P., P. c. Yahoo de Argentina S.R.L." y 14/2/2013, "Cupito, Alejandro M. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro", que "(n)o puede admitirse, entonces, en principio, un pedido genérico de detección y retiro de ciertos contenidos, cualquiera sea el sitio en el que se encuentren". Y es efectivamente así, por el enorme potencial de afectación de derechos que se pone en juego. Pero, al mismo tiempo, como señalamos más arriba, una determinación precisa presenta claramente problemas de eficacia. Es altamente probable que esta encrucijada no tenga solución satisfactoria en el estado actual de correlación entre las posibilidades técnicas y los instrumentos de Derecho disponibles.

Desde luego, se obtendrá una eficacia mayor si la propia fuente del contenido es eliminada, en lugar de pretender eliminar los índices a ese contenido. Pero aún así, tratándose de archivos digitales que pueden ser replicados a enorme escala y bajísimo costo, nada garantiza que "espejos" de la información retirada no surjan a centenares en otros sitios web.

En este sentido creemos que hay lugar para soluciones ingeniosas, técnicamente posibles y no particularmente gravosas, basadas en una extensión del principio del derecho a réplica establecido en el artículo 14 de la CADH, de modo que al índice a cada enlace juzgado agravante pueda acoplarse un índice de igual jerarquía donde se desmienta o rebata lo afirmado en el sitio cuestionado. Pero esta solución cae bajo la competencia del legislador.

Un factor adicional aporta más carga al problema. Es el llamado "efecto Streisand". Este efecto es el fenómeno por el cual el intento de ocultar, remover, bloquear o censurar un elemento de información tiene la consecuencia no deseada de difundir más ampliamente dicha información.⁸[7]

Hechas estas observaciones, cabe consignar que compartimos la fundada opinión

⁸ El término se atribuye al periodista Mike Masnick, de la publicación en línea Techdirt. La actriz y cantante estadounidense Barbra Streisand pretendió, en 2003, suprimir fotografías de su residencia en Malibu, California, que habían sido obtenidas y publicadas como parte de 12000 imágenes que documentaban la erosión costera. Antes de que Streisand presentara la demanda, la "image3850" había sido descargada seis veces, dos de ellas por los abogados de Streisand. A raíz de la publicidad que rodeó a la demanda, en el mes siguiente a su presentación más de 420.000 personas visitaron el sitio (además de aquellas que vieron la imagen por otros canales a los que, como consecuencia, se había propagado)

de la Sala A de la CNAC que precedió en el tratamiento de esta causa, respecto de que la responsabilidad de las empresas que proporcionan el servicio de buscadores ha de considerarse a la luz del factor de atribución subjetivo. Pero diferimos de lo expresado en el pronunciamiento del tribunal de alzada en un aspecto que consideramos crítico:

Que el operador del buscador deba proceder a obstaculizar el acceso a través de sí a contenidos alojados en sitios de terceros a simple solicitud de parte, es decir, en cuanto "hayan tomado conocimiento -en principio, mediante la comunicación del usuario- de la existencia del contenido nocivo", como lo sostiene el fallo de la Excma. Cámara, plantea una grave amenaza para la libertad de expresión.

En efecto, pone en manos del empresario que proporciona el servicio la tarea de juzgar si un contenido es nocivo, falso, difamatorio, o, en general, ilícito. Habiendo un conflicto de derechos fundamentales, no corresponde al agente privado intermediario resolverlo. No porque no pueda materialmente, sino precisamente por lo que materialmente puede.

El intermediario es una empresa. y su objetivo es el lucro. Así, legítimamente, responde ante sus accionistas. La tarea implicada en determinar la licitud del contenido denunciado implica un costo significativo, pues deberá emplear personal especialmente calificado para resolver puntualmente la cuestión sobre cada contenido cuestionado. Su opción de menor costo, y por lo tanto lógica en términos de sus deberes hacia sus accionistas, será la de obstaculizar el acceso al contenido sin mayor análisis, imponiendo efectivamente una censura privada. Censura que será problemático contrarrestar porque, en definitiva, la decisión del operador del motor de búsqueda sobre qué índices excluir constituye también una forma de expresión, además de estar amparada en la libertad de empresa (Art. 14 CN). Y aún en el caso en que decidiera obrar con la mayor diligencia, a sus expensas, y efectivamente dedicase todos los recursos necesarios para determinar la licitud del contenido cuestionado, estaría dirimiendo un conflicto de derechos fundamentales cuya resolución corresponde al Poder Judicial.

La cuestión ha sido ampliamente tratada, no solo en el Derecho o la jurisprudencia comparadas, sino también en los órganos encargados de la aplicación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Algunos países han resuelto la cuestión por la vía legislativa, y no nos cabe duda de que en nuestro país ese mismo camino debe adoptarse. Es el caso, por ejemplo, de los Estados Unidos que han establecido una exención de responsabilidad de los intermediarios mediante la Communications Decency Act (47 U.S. Code 230, (c)(1)).

Entendemos que un mecanismo de obstaculización de acceso a solo pedido de parte, sin la necesaria intervención judicial, constituiría por lo expresado un medio indirecto de control particular, alcanzado por la prohibición taxativa del Art. 13.3 de la CADH.

En este sentido, compartimos las recomendaciones establecidas en la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet del 1 de junio de 2011, del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de

Expresión 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).

2. *Responsabilidad de intermediarios*

a. *Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo ("principio de mera transmisión").*

b. *Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre "notificación y retirada" que se aplican actualmente).*

En el mismo sentido, el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank La Rue, ⁹[11] párrafos 38 a 43, y en particular:

"... (L)os intermediarios, como entidades privadas que son, no están en la mejor posición para determinar si un contenido en particular es ilegal, lo cual requiere un cuidadoso balance de los intereses en disputa y la consideración de las defensas" (¶42 in fine); y

"...(las) medidas de censura nunca deben ser delegadas en una entidad privada, y nadie debe ser juzgado responsable por contenidos en la Internet de los que no es autor." (¶ 43)

4. Infracción al Art. 31 de la ley 11.723

En el caso también se ha planteado que el servicio de "buscador de imágenes" proporcionado por la demandada infringe el Art. 31 de la ley 11.723, al alojar una copia en formato pequeño de imágenes tomadas de otros sitios.

Analizaremos en primer lugar el "buscador de imágenes". Este servicio proporciona, de manera similar a su homólogo de texto, índices a imágenes alojadas en otros sitios. Ahora bien, el rol del *snippet* lo cumple aquí una imagen en formato reducido (en general, de no más de 200 píxeles en su lado mayor), que en la jerga se denomina *thumbnail*.

El buscador de imágenes no debe imaginarse como un sistema de reconocimiento de patrones, en el que es posible interrogar por ciertas características propias de la imagen¹⁰. Si bien estas tecnologías existen, y de hecho se emplean en otras aplicaciones, en el actual estado del arte son inviables en la escala de un buscador "universal". Lo que el buscador de imágenes permite es exhibir al usuario que consulta todas las imágenes en cuyo contexto existen las palabras clave que ingresó. Este contexto comprende la etiqueta *alt* de la foto, su pie si

9 Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. Documento A/HRC/17/27,

10 Por ejemplo, "todas las imágenes de rostros que correspondan a estos puntos faciales característicos".

existe, y también el texto circundante. Cuando el usuario realiza la búsqueda, se le presentan los *thumbnails* almacenados en los servidores del servicio de búsqueda; cuando acciona (generalmente, cliqueando con el *mouse*) sobre una imagen, se establece comunicación con el sitio que aloja el URL específico de la imagen original y mediante esta vinculación el usuario obtiene una copia local de la imagen original, que puede ver en su pantalla.

Ahora bien, la creación de esta copia intermedia de formato reducido, el *thumbnail*, y su alojamiento en los servidores del buscador, sigue una lógica técnica indispensable para la prestación del servicio. En efecto, si estas copias reducidas no existiesen, para satisfacer la consulta el buscador debería establecer conexiones con cada uno de los sitios que ha indexado, y presentar las imágenes. Esta operación implicaría centenares o miles de transacciones, con una enorme carga de comunicación y de procesamiento, y tiempos completamente insatisfactorios para el usuario (sin contar que algunos de los sitios donde se alojan las imágenes originales pueda estar fuera de servicio). Y lo paradójico aquí es que de todos modos se estará haciendo una copia no autorizada de la imagen.

En efecto, los procesos que permiten a un usuario final ver cualquier contenido que exista en la Web implican invariablemente la obtención de copias. El usuario que ve una página web no la está leyendo en el sitio desde donde se origina, sino que está operando sobre una copia idéntica que reside en su máquina y es interpretada por su navegador. Y en numerosas ocasiones, puntos intermedios de la red entre el servidor de origen y el usuario también almacenan transitoriamente copias; a veces, a instancias del sitio de origen mediante proveedores que prestan servicios de entrega de contenidos (*content delivery networks*) como Akamai, Amazon CloudFront o Rackspace Cloud Files, con el fin de disminuir la carga de transacciones en su extremo de la red; otras veces, almacenadas transitoriamente por el proveedor de servicios de conexión a Internet del usuario para minimizar sus costos de red o superar limitaciones de ancho de banda.

Así pues, nos encontramos ante el absurdo de que, si se aplica a tabla rasa el principio de que toda copia requiere autorización expresa del autor, de los titulares de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual, o del retratado en el caso del retrato fotográfico, no solo resultará imposible ver retratos, sino cualquier otro contenido que exista en la Web y no se halle en el dominio público o licenciado expresamente con cláusulas más permisivas.

Este absurdo se debe, en el caso particular de la Argentina, a la vetustez de la ley 11.723, sancionada hace 81 años. Cuando la ley se sancionó, no existían medios automáticos de reproducción al alcance del público y, en ese sentido, debe pensarse que la ley apunta en general a prohibir las reproducciones por métodos industriales. El artículo 31 en particular, que no ha sufrido cambios a lo largo de la historia, es una traducción al pie de la letra de un texto legal aún más antiguo de la Italia fascista, el artículo 11 del *Regio decreto legge* del 7 de noviembre de 1925, número 1950.

Sin duda, es indispensable una interpretación diacrónica de la ley que tome en cuenta las profundas transformaciones sucedidas. La práctica de obtener copias transitorias es un uso pacífico consagrado por la costumbre, y además es inevitable para el funcionamiento de la Internet tal como la conocemos.

La cuestión de los almacenamientos transitorios, semipermanentes o efímeros

como infracción a las leyes de derechos de autor y conexos se ha planteado un número de veces ante tribunales de diversos países. En la jurisprudencia de los Estados Unidos, es de interés analizar el caso *Field v. Google*,¹¹ en que el demandante alegaba que el servicio de cache de páginas de Google infringía sus derechos de autor; el tribunal aplicó allí, entre otras, la doctrina de la *licencia implícita*, que esencialmente halla que la publicación en la web sin utilizar ninguno de los recursos que advierten a los robots que la página no debe ser indexada implica la voluntad de difundirla. En *Kelly v. Arriba Software*,¹² el demandante, un fotógrafo profesional, reclamaba infracción de sus derechos de autor por los *thumbnails* de sus obras mostrados en el buscador de imágenes de la demanda; el tribunal decidió bajo la doctrina del uso justo (*fair use*), sosteniendo que el uso no tenía propósito de comercializar las imágenes sino facilitar su ubicación mediante el motor de búsqueda, que este proporcionaba un beneficio público, y que era necesario que Arriba copiase la imagen para permitir a los usuarios reconocerla y decidir si deseaban obtener mayor información. En *Perfect 10 v. Amazon*,¹³ caso que involucraba también a Google, la actora demandó por considerar que los *thumbnails* del buscador de imágenes de Google infringían su propiedad intelectual sobre las fotografías originales. La corte, al rechazar finalmente la pretensión, halló que se ponía a disposición del público una función nueva y altamente beneficiosa de “mejorar el acceso a información [de imágenes] en la Internet” y que “la tecnología de los motores de búsqueda suministra un beneficio público sorprendentemente valioso, que no debe ser puesto en peligro solo porque pueda ser usado en una forma que podría afectar las ventas de alguno”. Aunque las reflexiones al respecto de los tribunales estadounidenses son útiles para analizar este caso, la latitud interpretativa que contempla la ley de aquel país en términos de uso justo es mucho más amplia que las restringidas excepciones y limitaciones de nuestra ley. Por ello, es de interés analizar un pronunciamiento del más alto tribunal de Alemania, país que tiene una ley de propiedad intelectual mucho más restrictiva. Los tribunales alemanes no han resuelto definitivamente el dilema. Pero en 2010, en el primer caso sobre *thumbnails* que llega a una corte suprema, el Tribunal Federal de Justicia (Bundesgerichtshof) resuelve la cuestión con base en el consentimiento implícito o licencia implícita.¹⁴

La cuestión que esta Suprema Corte debe resolver se relaciona directamente con los casos antes reseñados, pero también con la protección de la propia imagen. Pocos atributos pueden imaginarse tan personalísimos como la propia imagen. En efecto, muchos de los datos personales son en realidad identificadores asignados por terceros que permiten al sujeto la construcción de una identidad, mientras que la propia imagen es, como la secuencia genética u otros atributos singulares, privativa e inseparable de la persona. Esta particularidad, reconocida por largo tiempo, ha hecho que también necesario proteger a las personas contra usos impropios o abusivos de representaciones de esa imagen. El Art. 31 de la ley 11723 sirvió a un doble propósito: la protección de la propia imagen, en el sentido

11 *Field v. Google, Inc.*, 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006)

12 *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002) retirada y reintroducida como 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)

13 *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)

14 Bundesgerichtshof, *Abbildung von Kunstwerken als Thumbnails in Suchmaschine*, GRUR, 628 (2010). Véase también Florian Potzlberger, “Google and the Thumbnail Dilemma—“Fair Use” in German Copyright Law?”, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 9 no. 1, pp. 139-169 (2013)-

del resguardo de la dignidad, la reputación y la vida privada, y la protección contra los usos comerciales de ese bien personalísimo. La primera tarea, fruto fundamentalmente de la interpretación jurisprudencial, se ha vuelto innecesaria a partir de la promulgación de un instrumento más eficaz de protección, la ley de protección de datos personales 25.326. En efecto, la definición de "datos sensibles", que gozan de especial protección en dicha ley, define perfectamente las representaciones de la propia imagen.

En consecuencia, lo que debe resolverse atañe al uso de la imagen de la demandante con fines comerciales. La excepción que prevé la ley 11723 refiere a "fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público". Si bien las imágenes en particular que han sido cuestionadas, tomadas aisladamente, podrían no responder a esos fines, debe tomarse en cuenta que el servicio como tal, al permitir una forma novedosa de búsqueda de información, cumple decididamente un fin didáctico y cultural, y es en el interés público que este servicio sea lo más amplio posible, es decir, permita acceder a un conjunto cada vez más numeroso de imágenes.

Por otra parte, como se ha señalado, la obtención de copias en pequeño formato, que carecen de toda utilidad para su reproducción industrial, es indispensable para que el servicio exista. Una resolución de esta corte que considerara que esas copias están alcanzadas por las limitaciones que establece la ley 11723 respecto de la exigencia de autorización específica por parte de los titulares de los derechos no solo tendría como consecuencia la eliminación de los índices que enlazan con una enorme cantidad de reproducciones de retratos fotográficos sino también de aquellos que enlazan con otras imágenes protegidas por derechos de autor. El perjuicio causado al interés público sería enorme, sin que por ello los titulares de derechos obtengan compensación, porque es de imaginar que la empresa comercial que opera el buscador preferirá minimizar riesgos.

V - CONCLUSIONES

En síntesis, nuestro propósito ha sido aportar nuestro análisis a esta Suprema Corte. Dicho análisis nos conduce a concluir:

- Que la responsabilidad de los buscadores debe encuadrarse dentro del factor subjetivo de atribución;
- Que una interpretación acerca de que los operadores de los buscadores deben proceder de inmediato ante el requerimiento de la parte que se sienta afectada, sin necesidad de intervención judicial previa, es gravemente perjudicial para la libertad de expresión y sus correlativos derechos a buscar, recibir y difundir información;
- Que el análisis de las normas de derecho de autor y conexos debe necesariamente tomar en cuenta las profundas transformaciones habidas en el campo tecnológico;
- Que el servicio de búsqueda de imágenes es beneficioso para el interés público y, de modo inevitable, requiere la realización de copias transitorias a escala reducida.

VI - PETITORIO

Por lo expuesto, a la Suprema Corte solicitan

- Se los tenga por presentados en el carácter de “amigos del tribunal” invocado,
- Se declare formalmente admisible esta presentación y se la agregue a la presente causa. sin perjuicio de ampliar oralmente los argumentos expuestos de así requerirlo esa Corte
- Se tengan en cuenta las consideraciones aquí formuladas al momento de dictarse sentencia

Provéase de conformidad que

ES JUSTICIA