



Acceda **sin cargo** al portal de noticias jurídicas
TRLaLey, escaneando el siguiente **código QR**.

LA LEY

CON ESTA EDICIÓN

Suplemento Penal y Procesal Penal

AÑO LXXXII N° 231

TOMO LA LEY 2018-F

BUENOS AIRES, ARGENTINA - VIERNES 7 DE DICIEMBRE DE 2018

ISSN 0024-1636

Relaciones del trabajo, justicia y equidad

Julio A. Grisolia (*)

SUMARIO: I. Alcances de la equidad.— II. La equidad y la justicia.— III. Los jueces y la equidad.— IV. La Justicia del Trabajo, el Derecho Laboral y la equidad.— V. Síntesis y reflexiones finales.

➔ La equidad está expresamente consagrada en el art. 11 de la LCT y posibilita que el juez laboral, cuando tiene que decidir la controversia, no se converta en un “esclavo” de la letra de la ley, que pueda llevarlo a aceptar como correcto y formal el *summum ius*, *summa iniuria*, como si éste constituyera el medio obligatorio de preservar los valores de la justicia.

I. Alcances de la equidad

Santo Tomás define la virtud de Justicia como el “hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho...”.

Ulpiano afirmaba en el año 218 que “cualquiera que intente estudiar el Derecho tendrá que saber primero de dónde se deriva la palabra *ius*”. Para él, *ius* significó “justicia”.

Pero antes de Ulpiano, Aristóteles conceptualizaba la equidad como la *apelación a la justicia en cuanto se dirige a corregir la ley en la cual se expresa la justicia*. En la *Ética a Nicómaco* la concibe como una corrección de la generalidad de la ley, es decir, como una especie de justicia mejor que la legal, en el sentido de que esta, dada su generalidad, no puede adecuarse a todos los casos implícitos en la norma. El carácter general de la ley la torna imperfecta o de difícil aplicación a casos particulares, y es allí donde juega un papel trascendente la equidad: no interviene para juzgar a partir de la ley, sino de la justicia que la ley misma está dirigida a realizar.

Aristóteles refiere que “la naturaleza misma de la equidad es la rectificación de la ley cuando se muestra insuficiente por su carácter universal”. Por lo tanto, para él la justicia y la equidad son la misma cosa; la equidad es supe-

rior, no a lo justo en sí, sino a lo justo formulado en una ley que, por razón de su universalidad, está sujeta al error; por eso, el juzgador deberá aplicar la equidad.

Pero fue Santo Tomás quien más profundizó las causas de la equidad y la necesidad de aplicarla para lograr una justicia estricta.

La equidad no se debe entender como una utilización benevolente de la ley para atemperarla frente al deudor —reducir la obligación que surge de una ley estricta—, sino que se trata de una virtud jurídica que se aplica a la justicia en la práctica —en el caso concreto— que es el fin de toda virtud; pero no es simplemente una regla de interpretación de la ley positiva, ni sirve sólo para suplir lagunas del derecho. Es un valor jurídico, un concepto inseparable del derecho, que apunta a la igualdad y a la proporción.

Podría sostenerse que la equidad cumple *dos funciones esenciales en la formación de la norma particular*: la interpretación del derecho positivo y la función integradora del derecho para llenar las lagunas del sistema jurídico.

Respecto de la primera, Giorgio del Vecchio sostiene que “hoy día, regulados los límites de los poderes legislativo y judicial, y asegurada la distinción, hay mayores dificultades para admitir tal facultad en el juez. Mas a este le queda sin duda una cierta libertad que le es expresamente concedida por la ley, la cual se remite, dentro de ciertos límites, a la apreciación del mismo juez”.

En la función integradora del derecho el criterio de equidad tiene una amplia influencia: los jueces están facultados para aplicar los principios generales del derecho —entre ellos la equidad—, tomando en cuenta las circunstancias del caso, si la cuestión no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, ni por los principios de leyes análogas.

La Corte Suprema tiene establecido (1) que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuan-

to servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir en modo alguno de la *ratio legis* y del espíritu de la norma, ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial.

La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, o arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o desemboque en consecuencias concretas notoriamente disvaliosas.

Aplicar la ley en modo alguno puede devenir en una tarea mecánica, porque ello es incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley, con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (2).

II. La equidad y la justicia

En casos como los referidos, la resolución deja de lado lo prescripto en la norma, con la finalidad de preservar —al decir de Santo Tomás— la *ratio iustitiae* o, dicho de otro modo, el valor *justicia*, que es el principio supremo de todo el derecho y el ordenamiento jurídico. Pero, obviamente, para aplicar la equidad *stricto sensu* es preciso que la injusticia en la aplicación literal de la generalidad de la ley positiva al caso singular —tal cual se verificaba en los casos referidos— sea grave, irritante y manifiesta, ya que la seguridad jurídica y el bien común requieren que la autoridad de la ley sea respetada. Es decir, que la “dichosa rectificación de la justicia estrictamente legal” —al decir de Aristóteles— debe aplicarse si se

evidencia un resultado notoriamente injusto y disvalioso, de cumplimiento oneroso, nocivo o perjudicial al bien común.

Fallar de otro modo en causas en que el bien jurídico tutelado, por ejemplo, es la salud, la vida, viola, además del principio de igualdad, los principios consagrados en el propio Derecho del Trabajo (art. 11 de la LCT): los principios de equidad —que humaniza la aplicación del derecho y corrige los resultados injustos— y de justicia social —dar a cada cual lo que le corresponde a fin de lograr el bien común, respetando la dignidad del trabajador como persona humana (principio protectorio, art. 9º, LCT)—.

Si partimos del presupuesto de que administrar justicia es la misión específica de los jueces, y que estos son la “justicia viva y personificada” (los hacedores de la justicia en el caso singular), también habremos de convenir que *justicia* significa la recta determinación de lo justo en concreto.

En tal sentido, el llamado *legalismo literal*, que consiste en aferrarse incondicionalmente a las palabras de la ley en el entendimiento de que la ley positiva agota el derecho y éste se circunscribe a aquélla, constituye un vicio por defecto de la equidad-virtud.

En tales casos si una norma es clara pero aplicada al caso concreto se torna injusta, al utilizar la equidad *stricto sensu* se prescinde de su texto para lograr un resultado justo y valioso jurídicamente; por lo tanto actúa como correctivo de la ley que, por su carácter universalidad en algunos casos particulares no cumple con la finalidad para la cual fue creada, lo cual no es una deficiencia de la ley ni del legislador que deben legislar en general ni se trata de un texto oscuro, sino que aplicando la letra de la ley, el resultado es un pronunciamiento injusto.

Para ello se debe apelar al derecho suprallegal y a los principios esenciales de justicia conmutativa, distributiva y legal allí contenidos.

DOCTRINA. Relaciones del trabajo, justicia y equidad

Julio A. Grisolia 1

NOTA A FALLO. Responsabilidad civil de los buscadores. Medida cautelar, acción preventiva, conocimiento efectivo, tiempo transcurrido y daño moral

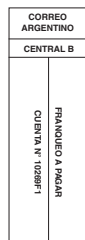
Hugo A. Vaninetti 4

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET. Demanda intentada por una modelo. Uso indebido de imagen. Vinculación con páginas *web* de contenido sexual. Incumplimiento de medida cautelar. Derecho a la intimidad. Daño moral (CNFed. Civ. y Com.) 4

BENEFICIOS PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Ley 19.279. Acceso a franquicias fiscales para la importación de automóviles destinados a personas con discapacidad para uso personal. Inconstitucionalidad de la valoración del patrimonio del núcleo familiar para excluir del beneficio (CS) 7

CONCURSO PREVENTIVO. Tasa de Justicia. Base imponible. Pasivo coincidente en varios concursos (CNCom.) 8



Como sostiene Abelardo Rossi (3), en la epígrafe *lo justo natural rectifica lo justo legal para poder alcanzar una conclusión justa en el caso concreto. El derecho es más amplio y profundo que la ley positiva y la justicia constituye el corazón de todo derecho, por lo que no se puede nunca prescindir de uno y de otro en la vida jurídica de toda comunidad... El juez debe juzgar con equidad, porque su función no es hacer ciencia del derecho sobre la base de especulaciones abstractas sino es hacer jurisprudencia, esto es, usar de la prudencia en la realización efectiva del derecho, pues el ius y la justicia están sobre la ley positiva.*

Dicho de otro modo, el pronunciamiento —suficientemente fundado en derecho— debe representar, además, la solución justa al caso concreto. Lo expuesto no significa que los jueces invadan las incumbencias del legislador, toda vez que mientras las decisiones de los magistrados se toman en un caso particular, el legislador dicta normas generales que por esta razón pueden devenir ineficientes en casos concretos, tornándose necesario recurrir a principios supralegales y al derecho natural y aplicar la equidad *stricto sensu* para que prime la justicia.

La equidad rectifica la injusticia que se produce en un caso singular por la aplicación rigurosa de la norma positiva, que considera a la justicia bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general. De este modo busca legitimar sus decisiones mediante la invocación de principios que, al adecuarse a cada caso concreto, otorgan la solución de equidad necesaria para que la función judicial no se transforme en arbitraria.

En tal sentido comparto lo expuesto por Morllo al referirse a las causales de arbitrariedad de las sentencias, cuando sostiene que “a las trece causales mensuradas con tanto rigor por Carrió, se sumarían dos nuevas: a) la del realismo jurídico económico que obliga a los jueces, sobremanera en el pantanoso terreno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, a no ser fugitivos de la realidad; y b) de la iniquidad manifiesta del pronunciamiento final” (4).

III. Los jueces y la equidad

La equidad es un juicio de valor que hacen los jueces en la realización del derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia, al crear en la sentencia la norma individual adecuada al caso concreto.

Lógicamente cuando se debe resolver un caso, hay que encontrar la norma aplicable: la afirmación del postulado de la plenitud del orden jurídico es una exigencia en la aplicación del derecho positivo. En tal sentido, el art. 15 del Cód. Civil derogado disponía que “los jueces no pueden dejar de juzgar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”, lo que constituía la expresión dogmática de la exteriorización de los principios generales del derecho.

Justamente es en la dinámica de este principio donde se advierte la trascendente función de los jueces en la aplicación del derecho a través de la sentencia: recurren a la equidad cuando no encuentran en el ordenamiento jurídico la fuente formal para fundar la sentencia.

El art. 3º del actual Cód. Civ. y Com., al referirse al deber de resolver, expresa que

“el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. Es decir que la fundamentación debe razonable tanto respecto de la aplicación e interpretación de las fuentes del derecho como a los principios generales del derecho, entre ellos, buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com.), abuso del derecho (art. 10, Cód. Civ. y Com.) y abuso de posición dominante (art. 11, Cód. Civ. y Com.).

Como quedara dicho, la equidad cumple dos funciones esenciales en la formación de la norma particular: la interpretación del derecho positivo y la función integradora del derecho para llenar las lagunas del sistema jurídico.

En los ordenamientos positivos existen supuestos en los cuales la norma legal remite a la equidad la solución y expresamente otorga al juez facultades para decidir por razones de equidad. En estos casos la equidad tiene categoría legal y constituye un componente de la fuente formal del derecho, al diferir al juez la facultad de adecuación de las normas que en su generalidad no contemplan situaciones concretas que pueden ser injustas. Por ejemplo, esto sucedía en los supuestos de los arts. 907 y 1169 del Cód. Civil derogado por el Código Civil y Comercial.

Se puede sostener que aunque la equidad no es fuente formal del derecho, ocupa un lugar trascendente junto a las fuentes formales, ya sea en la interpretación del derecho positivo, en la integración del orden jurídico y en la efectiva y eficaz realización de la justicia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, aplicando la equidad *stricto sensu*, ha descalificado fallos por la iniquidad del resultado, persiguiendo una solución justa en cada caso más allá del contenido normativo rigurosamente estricto (5).

La Corte Suprema tiene dicho que las normas deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial (6).

La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la *justicia*, no pueden prescindir en modo alguno de la *ratio legis* y del espíritu de la norma, ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos 249:37 y sus citas).

Para referirme al rol que debe jugar el juez, citaré a Couture en su tercera conferencia en la Universidad de París. En sus agudas observaciones sostiene lo siguiente: “¿Podremos decir que el juez es solamente la voz que ‘pronuncia las palabras de la ley’? ¿Podremos decir que es un ser inanimado? Me parece que no. En todo caso, esa concepción representa un exceso de lógica formal, a expensas de la lógica viva. El juez no puede ser un signo matemático, porque es un hombre; el juez puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley

no tiene posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador... Cuando la ley cae en el silencio podríamos decir, siguiendo la metáfora del poeta, que ese silencio está poblado de voces... Pero cuando el juez dicta la sentencia, no sólo es un intérprete de las palabras de la ley, sino también de sus voces misteriosas y ocultas.

“La sentencia no es un pedazo de lógica, ni es tampoco una pura norma. La sentencia es una obra humana, una creación de la inteligencia y la voluntad, es decir, una criatura del espíritu del hombre... El juez es una partícula de sustancia humana que vive y se mueve dentro del derecho; y si esa partícula humana tiene dignidad y jerarquía espiritual. Pero si el juez como hombre, cede ante sus debilidades, el derecho cederá en su última y definitiva revelación... De la dignidad del juez dependerá la dignidad del derecho. El derecho valdrá en un país y en momento histórico determinado, lo que valgan los jueces como hombres. El día que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo... El día en que sea posible decidir los casos judiciales... mediante un ojo eléctrico que registre físicamente el triunfo o la derrota, la concepción constitutiva del proceso carecerá de sentido y la sentencia será una pura declaración, como quería Montesquieu. Pero, mientras no pueda lograrse esa máquina de hacer sentencias, el sentido profundo y entrañable del derecho, no puede ser desatendido ni desobedecido y las sentencias valdrán lo que valgan los hombres que la dicten” (7).

En la construcción diaria de la democracia como espacio de justicia y libertad, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal: toca a los jueces asegurar que los derechos se cumplan. Esta visión “no es una utopía, es una esperanza y, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga” (8). Cabe recordar —en el decir de Capón Filas— que la eficacia de los Derechos Humanos se irradia sobre el Estado, la sociedad civil y las empresas. Para consolidar con *justicia* la dignidad del hombre en el caso concreto, el Poder Judicial ha de conducir la energía condensada en aquéllos y aplicarla a la situación. Ese compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva expresada en el art. 14 y en el 14 bis de la CN. Siendo los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional, art. 75, inc. 22, superiores a las leyes, no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, hasta tal punto que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino (9) y tampoco se puede obviar la Declaración Sociolaboral del Mercosur, porque, emanando del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (CN, art. 75, inc. 24).

IV. La Justicia del Trabajo, el Derecho Laboral y la equidad

Los principios del Derecho del Trabajo —que sirven como inspiradores de soluciones— se caracterizan por su “amorfismo” y no tienen un procedimiento técnico de exteriorización. Si bien la norma los invoca, no los expresa directamente, enunciando en algunos casos sólo el presupuesto del principio.

La equidad está expresamente consagrada en el art. 11 de la LCT y posibilita que el juez laboral, cuando tiene que decidir la controversia, no se convierta en un “esclavo” de la letra de la ley, que pueda llevarlo a aceptar como correcto y formal el *summum ius, summa iniuria*, como si este constituyera el medio obligatorio de preservar los valores de la justicia. Los jueces, cuando en forma pretoriana invocan el principio a fin de “humanizar” la aplicación de la ley al caso concreto, con frecuencia se refieren a “soluciones notoriamente injustas”, determinación de “principios acertados”, “suavizar o humanizar la ley”, “claro sentido de la equidad”, “mutua comprensión”, “maliciosa deserción de los deberes”.

Ante la posibilidad de una solución “disvaliosa” de una situación —para cualquiera de las partes y aun para el orden social— por aplicación “estricta de la norma”, el legislador concede al juez laboral la facultad de apartarse de la letra, no como un acto de arbitrariedad, sino como presupuesto para aplicar el espíritu de la ley (no sólo su letra) o de una mayor jerarquía, a fin de lograr una solución más justa y armónica del caso planteado que se resuelve.

La jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones del Trabajo se ha ocupado en diversas oportunidades del tema. Hace tiempo, la sala 7ª (10) sostuvo que la circunstancia de que los errores en la liquidación practicada por la actora no hayan sido observados por el juzgado ni objetados por la demandada, no es óbice para considerar correcto lo resuelto por el *a quo*. Porque el cumplimiento de una sentencia informada por errores aritméticos o de cálculo, lejos de preservar, conspira y destruye la institución de la cosa juzgada, de inequívoca raigambre constitucional, y que la cosa juzgada busca amparar, más que el texto formal del fallo la solución real prevista en él; y porque si los jueces al descubrir un error aritmético o de cálculo en una sentencia, no lo modificasen, incurrirían con la omisión en falta grave, pues estarían tolerando que se generara o lesionara un derecho que sólo reconocería como causa del error, pues no puede prescindir de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos: “...el principio de equidad, dice Marcadé, que siempre es principio en nuestro derecho civil, (que) no permite enriquecerse con lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una suma o con una cosa que no se le debía...” (nota de Vélez Sarsfield al art. 784 del Cód. Civil).

En mis más de veinticinco años de ejercicio de la magistratura como juez nacional del Trabajo me tocó en varias oportunidades recurrir en forma expresa a la equidad en el dictado de sentencias, y siempre lo hice desde el convencimiento de que los jueces laborales deben buscar la verdad en sustancia por encima del rigor excesivo y que la renuncia a la verdad consciente es incompatible con el servicio de justicia, constituyendo la búsqueda de la verdad material un deber moral para el sentenciante.

Para fundamentar estos decisorios he recurrido a los principios generales del Derecho del Trabajo —irrenunciabilidad, protectorio, igualdad, justicia social—, al respeto a la dignidad del trabajador y de los derechos humanos consagrados también en los trata-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
 (1) Juez Nacional del Trabajo. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales. Director de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales y del Doctorado en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) y del IDEIDES. Profesor titular de

grado y posgrado en diversas universidades (UBA, UNTREF, UADE, UCA, USAL, USI).

(2) Fallos 249:37 y sus citas.
 (3) ROSSI, Abelardo, “Aproximación a la Justicia y a la Equidad”, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2000.
 (4) MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema en acción”, Buenos Aires, 1989, p. 337, nota 335.

(5) A modo de ejemplo, cabe recordar las siguientes causas: Fallos 295:973, autos “Fernández, Juana Vieytes de c. Buenos Aires Provincia s/ cobro ordinario de alquileres”; Fallos 297:338, autos “Ana María Pérez de Smith y otros”; Fallos 300:1284, autos “Ana María Pérez de Smith y otros s/ pedido”; Fallos 302:1284, autos “Saguir y Dib, Claudia G. s/ autorización”; Fallos 302:1611, autos “Oilher, Juan C. c. Arenillas, Oscar N.”.

(6) Fallos 255:360, 258:75, 282:146, entre otras.
 (7) COUTURE, Eduardo, “Introducción al estudio del proceso civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, ps. 69-77.
 (8) BIDART CAMPOS, Germán, “Derecho al desarrollo”, prólogo.
 (9) CS, “Méndez Valles, Fernando c. A. M. Pescio SCA”, 26/12/1995.
 (10) “Ortiz Coronel, Arturo R. c. José R. Latanzio SA”, 22/05/1997.

dos internacionales, y particularmente a la equidad, como principio general que ilumina las normas positivas y que, siguiendo a Aristóteles, al hacerla jugar, el juez no dice sino “lo que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí”.

En varios casos en que la equidad ha sido uno de los fundamentos del decisorio he declarado la inconstitucionalidad de alguna norma, obviamente partiendo para analizar su validez constitucional de los principios que estableció la Corte Suprema en materia de control de constitucionalidad, haciendo especial hincapié en una de sus pautas: el estándar de *razonabilidad*.

Este criterio fue elaborado sobre la base del Preámbulo: “afianzar la justicia”; la razonabilidad como sentimiento corriente de lo justo como contrario a lo arbitrario. Como lo sostiene Ekmejdjian, *una norma reglamentaria es razonable cuando guarda adecuada proporción entre el objetivo buscado y el medio (intensidad de la restricción) empleado*.

La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces —en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia— no pueden prescindir en modo alguno de la *ratio legis* y del espíritu de la norma —en este caso, un pronunciamiento judicial—, ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (11). El juez debe juzgar con equidad, porque su función no es hacer ciencia del derecho sobre la base de especulaciones abstractas sino hacer jurisprudencia, esto es, usar de la prudencia en la realización efectiva del derecho, pues el *ius* y la justicia están sobre la ley positiva.

Si la aplicación literal y mecánica de una determinada norma (en el caso una sentencia) lleva a un resultado absurdo, no querido por el propio juzgador, inequitativo, arbitrario y provoca una vulneración de derechos fundamentales del trabajador, se debe recurrir a la equidad para corregir el resultado injusto, ya que adoptar otro proceder iría en desmedro del objetivo de “afianzar la justicia” plasmado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y que es “propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial, sino a la salvaguarda del valor “justicia” en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad.

En otras oportunidades la resolución puede dejar de lado lo prescripto en la norma, con la finalidad de preservar —al decir de Santo Tomás— la *ratio iustitiae*, o dicho de otro modo, el valor *justicia*, que es el principio supremo de todo el derecho y el ordenamiento jurídico. Pero, obviamente, para aplicar la equidad *stricto sensu*, es preciso que la injusticia en la aplicación literal de la generalidad de la ley positiva al caso singular —tal cual se verificaba en los casos referidos— sea grave, irritante y manifiesta, ya que la seguridad jurídica y el bien común requieren que la autoridad de la ley sea respetada.

Los casos se deben analizar desde la perspectiva de los principios generales del derecho, entendidos como pautas superiores emanadas de la conciencia social sobre la organización jurídica de una sociedad y considerando que fundamentan el ordenamiento jurídico y orientan al juez. Estos principios son las reglas inmutables e ideas esenciales que forman las bases en las cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico-laboral.

Simplemente se trata de la aplicación de la equidad *stricto sensu*, que evita en el caso par-

ticular, ateniéndose a la literalidad del texto de la ley, se cometa una notoria injusticia contra una persona o contra el bien común, dos de los valores supremos de todo el orden jurídico: la persona como sujeto esencial y principal en la estera del derecho y el bien común como fin de la ley (12).

Si partimos del presupuesto de que administrar justicia es la misión específica de los jueces, y que estos son la “justicia viva y personificada” (los hacedores de la justicia en el caso singular), también habremos de convenir que *justicia* significa la recta determinación de lo justo en concreto.

El pronunciamiento —suficientemente fundado en derecho— debe representar además la solución justa al caso concreto. Lo expuesto no significa que los jueces invadan las incumbencias del legislador, toda vez que mientras las decisiones de los magistrados se toman en un caso particular, el legislador dicta normas generales que por esta razón pueden devenir ineficientes en casos concretos, tornándose necesario recurrir a principios supralegales y al derecho natural y aplicar la equidad *stricto sensu* para que prime la justicia.

A veces se presenta ante un juez el dilema de optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley y por ello desinteresada de sus resultados prácticos concretos, o por una interpretación que —respetando el espíritu de la norma— contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armonía total, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos.

El juez debe optar por este segundo camino, que seguramente es el más complicado y trabajoso, pero también el verdaderamente justo y adecuado a derecho. Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (13).

V. Síntesis y reflexiones finales

Como corolario de lo expuesto se debe dejar aclarado que para utilizar la equidad *stricto sensu*, el magistrado debe enfrentarse a casos objetiva y realmente excepcionales; y que la aplicación de la norma general al caso particular debe producir un resultado manifiestamente injusto, de tal gravedad que se transforme en erróneo, absurdo, inequitativo, irritante y manifiesto, toda vez que la seguridad jurídica y el bien común requieren que la autoridad de la ley sea respetada.

Como sostiene Abelardo Rossi, *las consecuencias de aplicar a ellos literalmente los términos de la ley han de ser graves, inminentes, de muy oneroso o nocivo cumplimiento, de imposible o muy difícil efectivización física o moral, contrarias al derecho natural o a elementales y fundamentales normas de justicia. El juez debe ser cauto y prudente al apreciar las circunstancias concretas de la causa y medir con justeza los resultados que traería literalmente la ley al caso y si, con certeza moral, llega al convencimiento de que ello no sería jurídicamente valioso y saludable, ha de tener la fortaleza de carácter necesaria para recurrir a la epiqueya stricto sensu, descartando la vigencia de la ley en el caso o mandándola aplicar cambiando la forma de cumplimiento de su sentencia que surgiría del texto de la ley. Porque*

el valor supremo en el orden jurídico no es la ley positiva sino la justicia, el derecho natural, el buen sentido, el sentido común y la equidad-virtud. La equidad stricto sensu busca soluciones de justicia en nombre de un derecho superior; y ello es así, porque axiológicamente por encima de la ley positiva está el derecho y antes que el derecho escrito está la justicia natural inscripta esencialmente en la realidad social y en el corazón de los hombres. Frente a la seguridad que da la ley está la justicia que da la equidad; y no puede haber seguridad firme y permanente sin justicia, es la vigencia directa y última del derecho natural, en última instancia es el remedio supremo de todo orden social, justo. Y por eso es irrenunciable cuando las circunstancias exigen su intervención, pues si algunos derechos son renunciables, otros no lo son, como el derecho a la vida, a la libertad de conciencia, a la seguridad jurídica o a la no discriminación racial o religiosa, etcétera.

Sentado lo anterior, también se puede concluir afirmando que al momento de decidir el juez no debe prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan del fallo, ya que eso constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en el que está engarzada la norma.

Por ello, cuando en algunas oportunidades de carácter excepcional la aplicación literal y mecánica de una determinada norma lleva a un resultado absurdo, no querido por el propio legislador, inequitativo, arbitrario y provoca una vulneración de derechos fundamentales —humanos— del trabajador, el magistrado debe recurrir a la equidad para corregir el resultado injusto, ya que adoptar otro proceder iría en desmedro del objetivo de “afianzar la justicia” plasmado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y que es “propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial, sino a la salvaguarda del valor “justicia” en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad”: *sin justicia efectiva no hay sistema de convivencia*.

Si partimos de la premisa de entender axiológicamente a la *justicia* como un valor y una virtud ideal al servicio de la verdad objetiva y fin esencial de todo Estado independiente, debemos convenir que el juez no puede prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en cada caso concreto, ya que ello equivaldría a una renuncia consciente a un deber moral, lo que resulta incompatible con el servicio de justicia. Precisamente, la equidad opera cuando el derecho positivo resulta ineficiente para lograr una solución de justicia en una situación concreta que escapa a los términos generales contemplados en la norma.

El magistrado tiene el derecho y, en casos graves, el deber de invocar la equidad en aras de defender el valor superior *justicia*, porque constituye —junto con la imparcialidad y la independencia de criterio— la más alta y genuina virtud del juez.

En definitiva, el juez laboral debe desechar la interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley, y por ello desinteresada de sus resultados prácticos concretos (una sentencia “formalmente” justa), e inclinarse por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armonía total, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y los tratados internacionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos.

Los jueces no deben estar aislados en una torre de cristal: tienen la misión de ser gestores de la paz y el orden, guiados por el faro de la justicia; no sirven aquellos que Fernández Moore denomina “jueces de agua”, magistrados “inodoros, incoloros e insípidos”. Así como en toda sociedad el hombre es esencial en cualquier acción transformadora, la actitud del juez —no sólo la aptitud— es determinante en la administración de justicia;

de allí que Carnelutti sostuviera que “como la belleza de una música, la bondad de una ley no depende solamente de quien la compone, sino de quien la ejecuta”.

La equidad es la solución que tiene el derecho para subsanar sus imperfecciones, suplir y armonizar la ley positiva cuando resulta insuficiente. De allí que siguiendo a Aristóteles, considero que la equidad —“dichosa rectificación de la justicia estrictamente legal”— no es en esencia algo distinto que la justicia: no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia la que corrige la injusticia estrictamente legal que se produce en el caso particular al aplicarse el esquema genérico y abstracto de la norma general.

A modo de síntesis y como reflexiones finales cabe concluir lo siguiente:

— La equidad opera cuando el derecho positivo resulta ineficiente para lograr una solución de justicia en una situación concreta que escapa a los términos generales contemplados en la norma. El magistrado tiene el derecho y, en casos graves, el deber de invocar la equidad en aras de defender el valor superior *justicia*, porque constituye —junto con la imparcialidad y la independencia de criterio— la más alta y genuina virtud del juez.

— En el Derecho del Trabajo sirve de correctivo a la generalidad de la ley y resulta de trascendental importancia cuando la aplicación de una norma a un caso determinado produce una situación “disvaliosa” o no querida por el propio legislador. Al interpretar la norma usando como filtro la equidad se humaniza su aplicación y se corrigen los resultados injustos.

— El juez no debe prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan del fallo, ya que eso constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en el que está engarzada la norma.

— Para utilizar la equidad *stricto sensu*, el magistrado debe enfrentarse a cuestiones objetiva y realmente excepcionales, y la aplicación de la norma general al caso particular debe producir un resultado manifiestamente injusto, de tal gravedad que se transforme en erróneo, absurdo, inequitativo, irritante y manifiesto, toda vez que la seguridad jurídica y el bien común requieren que la autoridad de la ley sea respetada.

— Cuando en dichas oportunidades la aplicación literal y mecánica de una determinada norma lleva a un resultado absurdo, no querido por el propio legislador, inequitativo, arbitrario y provoca una vulneración de derechos fundamentales —humanos— del trabajador, el magistrado debe recurrir a la equidad para corregir el resultado injusto, ya que adoptar otro proceder iría en desmedro del objetivo de “afianzar la justicia” plasmado en el Preámbulo de la Constitución Nacional: sin justicia efectiva no hay sistema de convivencia.

— El juez laboral debe desechar la interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley y por ello desinteresada de sus resultados prácticos concretos (una sentencia “formalmente” justa), e inclinarse por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armonía total, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y los tratados internacionales, y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos. No hay que olvidar que, como refiere Paulus, “obra en fraude de la ley el que, respetando las palabras de ella, elude su sentido”.

— Por todo ello, para aplicar la equidad, el magistrado no deba buscar otros fundamentos que la propia *justicia*. ●

{ NOTAS }

(11) Fallos 249:37 y sus citas.

(12) TOMÁS DE AQUINO, Santo, “Summa Theolo-

giae”, I-II, Q. 90, a 4º, Corp.

(13) Fallos 241:277.

NOTA A FALLO

Responsabilidad de los buscadores de Internet

Demanda intentada por una modelo. Uso indebido de imagen. Vinculación con páginas web de contenido sexual. Incumplimiento de medida cautelar. Derecho a la intimidad. Daño moral.

Hechos: Una modelo y actriz dedujo demanda contra buscadores de Internet persiguiendo una indemnización por el uso no autorizado de su imagen. La sentencia rechazó

la pretensión. La Cámara revocó el decisorio y condenó a la demandada a abonar una reparación por daño moral.

Los buscadores de Internet demandados deben responder por los daños causados a una modelo por la utilización no autorizada de su imagen en sitios web de índole sexual, de prostitución y pornografía, pese a que aquella los denunció a medida que iban apareciendo y se ordenó cautelarmente su eliminación, pues, si bien las accionadas no resultan las propietarias de esas páginas, debido a su accionar se pudo acceder a ellas, en tanto los motores de búsqueda son los que facilitan que miles de millones de usuarios puedan acceder

a una enorme cantidad de sitios, entre los que se encuentran los cuestionados.

| CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO | |
|----------------------------|-------------|
| El hecho dañoso: | |
| Uso indebido de imagen. | |
| Referencias de la víctima: | |
| Sexo: Femenino | |
| Componentes del daño: | |
| Daño extrapatrimonial | |
| Daño moral genérico: | \$100.000.- |

121.594 — CNFed. Civ. y Com., sala II, 24/09/2018. - L., S. N. c. Yahoo! de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/47524/2018]

| COSTAS | |
|---|--|
| Las de ambas instancias a las vencidas. | |

| INTERESES | |
|---|--|
| Tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días. | |

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

Responsabilidad civil de los buscadores

MEDIDA CAUTELAR, ACCIÓN PREVENTIVA, CONOCIMIENTO EFECTIVO, TIEMPO TRANSCURRIDO Y DAÑO MORAL

Hugo A. Vaninetti (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Concepto de buscador. Funcionamiento.— III. Medidas cautelares. Efectiva pero ineficaz. Sus peligros.— IV. Bloqueo de contenidos en Internet. Formas.— V. La cautelar innovativa, la acción preventiva y los buscadores de Internet, ¿son efectivas y eficaces?— VI. De lo genérico a lo preciso.— VII. Interesante precedente jurisprudencial sobre la impracticabilidad del control preventivo, genérico y discrecional de contenidos.— VIII. Dificultades técnicas que presenta la implementación de medidas cautelares y/o acción preventiva en materia de bloqueo a sitios en Internet.— IX. Modificar la estructura de Internet en general: forma de ordenar contenidos y su directorio. Escenario hipotético.— X. Palabras finales

I. Introducción

Un nuevo capítulo se abre en torno a la cuestión de la responsabilidad civil de los buscadores, reviviendo así las disquisiciones doctrinarias y posturas jurisprudenciales.

Pocos temas suscitan aún tanta repercusión como el generado en esta cuestión, más allá del dictado de la sentencia “Belén Rodríguez” por parte de la CS en el año 2014, la cual estableció parámetros y la reafirmación del criterio subjetivo en cuanto a la responsabilidad civil que se le puede endosar a los buscadores y que ha sido refrendado posteriormente en otros muchos pronunciamientos judiciales. Los buscadores sólo serán responsables civilmente cuando hayan tomado conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido (1) subido a la red por terceros e indexado en sus resultados y si, aun así, su conducta no fue seguida de un actuar diligente,

por ejemplo, bloquear el link a la página web denunciada.

Sin embargo, aún siguen generándose en las instancias jurisdiccionales inferiores otras posturas disímiles al ya citado *leading case*, fijándose, por ejemplo, el criterio objetivo (2) o bien estableciendo otros matices diferenciales que nuestro Máximo Tribunal deberá tratar en el mediano plazo.

Entre dichas cuestiones estará, sin dudas, lo resuelto en la sentencia “L., S. N. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios” (3), emitida por la CNFed. Civ. y Com., sala II, la cual tuvo repercusión mediática no sólo porque en dicha causa está involucrada una figura pública, sino porque gira en torno a uno de los aspectos que más discusiones también ha generado en materia de la responsabilidad civil de los buscadores: la triada compuesta por el tiempo transcurrido entre

la interposición de la medida cautelar y/o de una acción preventiva, el conocimiento efectivo del buscador y el daño ocasionado o no hasta dicho momento.

Es en esa interacción entre estos tres pilares donde debe resolverse si cabe o no atribuir responsabilidad a los buscadores y, por ende, indemnizar a la víctima del daño por la afección moral que ésta sufre ante la dilación producida en el tiempo de cumplimiento de la medida cautelar y/o acción preventiva al iniciarse los procesos judiciales, destinada a bloquear de los resultados de búsqueda los links a páginas web cuyos contenidos generan daños.

Toda interposición de una medida cautelar y/o acción preventiva en este tipo de procesos es a su vez una cuestión que reviste suma importancia, pues supondrá siempre contrapesar derechos de gran relevancia: por un lado, los derechos personalísimos que se consideran afectados (honor, imagen, intimidad, etc.) y, por otro, el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información en la red que detentan otras personas.

II. Concepto de buscador. Funcionamiento

Un buscador es una página de Internet que permite realizar búsquedas en la red, constituyéndose éstas en una herramienta indispensable que posibilita a cualquier usuario encontrar un documento, dentro de los disponibles en la red, que contenga una determinada palabra, frase prefijada y/o imagen objeto de esa búsqueda iniciada.

Los resultados que obtiene el buscador son ofrecidos en forma de hipervínculos o links que redireccionan al usuario a las páginas web que responden al patrón de búsqueda requerido.

Los buscadores se constituyen pues en intermediarios y facilitadores necesarios entre los usuarios y quienes proveen contenidos en Internet.

Como puede inferirse fácilmente, sin un buscador no podríamos imaginarnos una Internet tal como la conocemos en la actualidad, puesto que se dificultaría de manera extraordinaria el rastreo de los contenidos deseados por el usuario (4). Sin su concurrencia sólo se llegaría hasta el contenido requerido conociendo previamente y en forma precisa la dirección de la página web de que se trate [URL (5)].

Los buscadores efectúan su rastreo mediante el empleo de programas informáticos especialmente desarrollados para tal fin: los denominados “robots”.

Un robot es un programa que atraviesa una estructura de hipertexto recuperando ese enlace y todos los enlaces que están referenciados allí.

Los aludidos robots se denominan en la jerga de distintas formas: *spiders* (arañas), *wanderers* (vagabundos), *crawler* (reptil) o *worm* (gusano) (6). Los robots de cualquier buscador visitan con cierta periodicidad las páginas que ya tienen indexadas y así reflejarán los cambios que se hayan producido en éstas.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado. Consultor informático.

(1) Debe entenderse por “contenido” a toda aquella información que se encuentra en internet, ya sea en formato de documento íntegro o parcial, una imagen, un video o sólo audio.

(2) Por ejemplo, el criterio objetivo vislumbrado en las argumentaciones de la CCiv., sala L, en las sentencias “Solaro Maxwell, María Soledad c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios” (expte. 89.007/2006, fallo del 06/11/2013), donde la Dra. Pérez Pardo, quien votó en primer término de acuerdo con el orden del sorteo, expresó que no puede compartirse que la responsabilidad de los buscadores, como titulares o guardadores de los buscadores en internet, sea subjetiva, por cuanto se trata de una actividad riesgosa y que debe analizarse desde la órbita de la responsabilidad objetiva por el riesgo que dicha actividad genera (art. 1113 del Cód. Civil). El Dr. Liberman, por su parte,

votó en igual sentido, al considerar que la responsabilidad en el caso era objetiva y fundada en el riesgo de empresa. Igual criterio fue sostenido en los autos “Carrero, Evangelina c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios” (expte. 48.004/2009, sentencia del 10/12/2013), en el que votó también la Dra. Lily Flah, quien, como jueza de primera instancia, había dictado a su vez el pronunciamiento de grado en el caso “Solaro Maxwell”. También se pueden analizar los fundamentos del voto en particular del juez Liberman en la causa “Mazza, Valeria Raquel c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios” (julio del 2018), donde sigue manifestándose a favor del criterio objetivo fundado en el riesgo de empresa. Entre los fundamentos de su voto podemos encontrarnos con los siguientes: “(...) aun cuando por hipótesis los ‘buscadores’ no pudieran evitar —mediante ‘filtros’ o lo que fuese menester— lo nocivo de la web, igualmente serían responsables por el daño causado al difundir (...). Se dirá que Facebook no es lo mismo que

Google. ¡Vamos! Somos adultos. Juegan en el mercado y en el mundo a hacer lo mismo: ganar dinero con datos personales, con imágenes y con una máquina dirigida a optimizar ganancias (...). Desde siempre alegraron estos buscadores que no tienen el control de lo que indexan. ¡Vamos, otra vez! A los efectos de la responsabilidad por daños —lo he dicho antes— se quejan de que no tienen el control del Frankenstein que criaron (...). Los robots, los algoritmos, alegan ya bien entrado el siglo XXI con el hipócrita argumento de la libertad de expresión y el derecho a informar. Pero, a más de excusa hipócrita, ¿de dónde obtuvieron la legitimación de quienes quieren expresarse o informar para invocar garantías del siglo XIX? Los buscadores son los que lucran, no los que quieren expresarse o informar. Al menos en este pleito, ésa es la cuestión”.

(3) Causa 7870/2007.

(4) “Ello así, no cabe duda que sin la intervención de las empresas demandadas no se podría acceder a infor-

mación que de otra forma, resultaría por completo imposible recabar. Datos que de no mediar el accionar de los motores de búsqueda de la demandada, resultarían desconocidos por quien realiza la búsqueda”. CNFed. Civ. y Com., sala II, “L., S. N. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios”.

(5) Acrónimo de *uniform resource locator*, localizador uniforme de recurso. Es el sistema de direcciones en internet. Es el modo estándar de escribir la dirección de un sitio específico o parte de una información en la web. El URL está conformado por a) el protocolo de servicio (<http://>); b) el nombre de la computadora; y c) el directorio y el archivo referido. <http://glosario.panamacom.com/letra-u.html21>.

(6) “Googlebot” es el nombre del *crawler* del buscador “Google”; “Bingbot” es el *crawler* de indexación del buscador “Bing”; “Slurp”, *crawler* de indexación del antiguo buscador “Yahoo!”; “Scooter”, del clásico buscador “Altavista”.

Dependerá del tipo de robot y de complejos algoritmos cómo se indexará una página *web*, pero generalmente utiliza los títulos de html o los primeros párrafos, o selecciona la html completa e indexa las palabras contenidas, excluyendo las de uso común (pronombres, adverbios y palabras como “*web*”, “*página*”, etc.), dependiendo de las construcciones de html, etc. Algunos seleccionan las metaetiquetas u otros tipos especiales de *tags* ocultos (7).

Toda este ingente cúmulo de información de una página *web* se halla en un fichero robots.txt, un sencillo archivo de texto en el que se establecen las recomendaciones de indexación de dicha página *web* para que sea identificada por los diferentes escudriñadores (*spiders*, *worm*, *crawler*, etc.) de búsqueda que recorren la red. Dichos ficheros robots.txt no sólo permiten incorporar contenidos de una página *web*, sino que también pueden restringir el acceso de los robots de los buscadores a determinados contenidos cuando el titular y/o creador de la página *web* no desea que se lo indexe. Dichos ficheros tienen suma importancia, puesto que en ellos se incorporan palabras clave que, muchas veces, nada tienen que ver con los contenidos de un sitio *web* pero que sin dudas generan afluencia de tráfico hacia aquél; generalmente utilizan nombres de personajes públicos, marcas comerciales, etc.

En definitiva, son procesos totalmente automatizados cuya tarea organizativa recae en algoritmos, como ya fuera explicitado.

Por el contrario, los denominados “directorios” se diferencian de los buscadores en que los primeros no poseen robots, sino que están operados por humanos que no recuperan automáticamente los enlaces incluidos en las páginas *web*, sino que sólo se limitan a hallar lo que las personas manualmente incluyen en ellos, obteniendo como ventaja clasificar por secciones la temática de las *web* al hacer el proceso manual.

III. Medidas cautelares. Efectiva pero ineficaz. Sus peligros

Las primeras providencias que se ordenan dentro de los procesos judiciales entablados contra las empresas que prestan el servicio de búsqueda en Internet han tenido que ver con la imposición de medidas cautelares innovativas.

Las medidas cautelares innovativas están incluidas en el art. 232 de nuestro Cód. de Procedimientos nacional (medidas cautelares genéricas) (8).

Este tipo de medidas tiende a proteger derechos extrapatrimoniales como son los personalísimos, inviolables o esenciales, tales como la protección del nombre, de la imagen, de la intimidad, de la honra, del cuerpo y de la salud, de la disposición del cuerpo; también el daño ambiental, las publicidades ilícitas y lo atinente a la dignidad de la persona humana (9).

Las medidas innovativas poseen por finalidad ordenar que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente, es decir, se busca cambiar en forma urgente un estado de cosas.

Además, los afectados en sus derechos personalísimos tienen la opción de desplegar lo dispuesto en el art. 1711 del Cód. Civ. y Com., el cual prevé la acción preventiva que “procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Se ha argumentado acertadamente que “la anticipación al agravamiento del daño en la actualidad encuentra refuerzo normativo en el Código sustantivo. En efecto, el Cód. Civ. y Com. enumera entre las funciones de la responsabilidad la de prevenir el daño y los arts. 1710 y 1711 se inscriben en la línea de la vía procesal intentada por la peticionaria en la presente” (10).

El Cód. Civ. y Com. argentino no hace más que revalidar normativamente, y de forma específica (11), una de las funciones de la responsabilidad civil, la prevención del daño (12), juntamente con la resarcitoria y la sancionatoria.

En virtud de todo lo antes expuesto, lo que los peticionantes buscan en estos procesos al solicitar la implementación de las medidas cautelares del Cód. Proc. Civ. y Com. o de la acción preventiva del Cód. Civ. y Com. es lograr en forma rápida y expedita que los buscadores adopten las medidas que sean necesarias para hacer cesar o interrumpir en forma inmediata el daño que padecen sobre sus derechos personalísimos por contenidos perjudiciales en la red.

Dicha intervención solicitada a los buscadores para que bloqueen o eliminen enlaces de sus resultados de búsqueda obedece a su doble carácter de intermediador y facilitador de acceso a los sitios cuyos contenidos generan el daño en sí y porque se considera que los buscadores se encuentran en una mejor condición técnica para interrumpir o hacer cesar el daño bloqueando los *links* a dichos sitios *web*.

IV. Bloqueo de contenidos en Internet. Formas

Existen diversas formas de proceder para lograr bloqueos a contenidos en Internet, los cuales pueden ser impuestos por una persona, empresa, institución y hasta por las autoridades gubernamentales.

Entre las formas de bloqueo se pueden mencionar, entre otras, las siguientes:

IV.1. Filtrado de URL

Una forma para bloquear el acceso a la información en la *web* es evitar el paso a una dirección URL completa o a parte de ella.

IV.2. Filtrado o suplantación de DNS

Cuando se introduce una URL, el navegador se dirige al servidor DNS (*domain name system*) para verificar la dirección numérica que corresponde a esa URL para poder así suministrar la correspondiente dirección IP. Si el servidor DNS está configurado para bloquear el permiso de acceso se chequea con la lista negra de nombres de dominio prohibidos. Si esto ocurre, el servidor DNS dará una respuesta de error o ninguna respuesta. Otro método es la

redirección de los usuarios a páginas *web* incorrectas.

IV.3. El filtrado de IP

Para evitar que los usuarios accedan a servidores específicos, pueden configurarse los *routers* para que no transmitan los datos destinados a las direcciones IP, por lo que se procederá a bloquear todos los servicios proporcionados por un servidor determinado, tanto las páginas *web* como el correo electrónico.

IV.4. Filtrado de palabras clave

Se suele emplear juntamente con otras formas de bloqueo. Aquí se analiza todo el intercambio de información (paquetes) por palabras clave, interrumpiendo la transmisión/enlace cuando se detecta una de las calificadas como prohibidas. Los individuos utilizan el bloqueo mediante motores de búsqueda como parte del denominado “derecho al olvido”.

IV.5. Bloqueos efectuados por las propias empresas de Internet con anuencia estatal

En determinados países, las empresas intermediarias de Internet (fundamentalmente los buscadores y las redes sociales) son inducidas por los Estados para bloquear ciertos contenidos sin anular toda la plataforma y así poder operar en sus territorios. Suelen observarse estas prácticas para enmascarar una censura estatal. Las autoridades nacionales no pretenden ser denunciadas como responsables del bloqueo de plataformas enteras, por lo que entablan acuerdos con las empresas que las administran para así filtrar determinados contenidos.

IV.6. Análisis de paquetes (DPI) para modulación del tráfico

Otro método que implica en la práctica un bloqueo es reducir la velocidad de acceso a determinados contenidos o servicios.

IV.7. Bloqueo de puertos

Los servicios en Internet (acceso *web*, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.) poseen números de puerto característicos. Si uno de estos puertos está bloqueado, todo el tráfico en dicho puerto se convierte en inaccesible.

IV.8. Apagado general de Internet

La práctica más extrema es que todo el tráfico y conexión a la red es bloqueado indiscriminadamente por una autoridad estatal. Los primeros países en cerrar el acceso a Internet por completo fueron Nepal en 2005 y Birmania en 2007 (13). Otros países que han ejercido esta opción fueron, en forma total, Egipto (14) y parcialmente Libia, Bahrein y Siria.

V. La cautelar innovativa, la acción preventiva y los buscadores de Internet, ¿son efectivas y eficaces?

Deberíamos plantearnos primeramente si una medida cautelar innovativa o la acción preventiva del Cód. Civ. y Com. son, por sí solas, efectivas y eficaces para lograr el come-

tido que todos los actores persiguen de bloquear y/o eliminar el enlace indexado por los buscadores de contenidos a los fines de hacer cesar el daño que éstos ocasionan.

La respuesta al interrogante anteriormente planteado es afirmativa parcialmente, pues se podrá bloquear el acceso a ciertos contenidos en la red, pero esto será insuficiente a todas luces.

Como bien es sabido, “Google” y “Yahoo!” son los buscadores más reconocidos y utilizados a nivel mundial en la Internet, pero no son los únicos (15).

Por ello, al estar esta medida cautelar direccionada y circunscripta a los dos buscadores antes mencionados, no hace cesar la propagación o facilitación del daño, puesto que si un usuario recurre a otro buscador (y de hecho lo hará ante la publicidad dada al caso) podrá seguir observando el nombre de la actora vinculado a sitios que la agravan en sus derechos personalísimos, ya que las páginas que contienen esas imágenes y nombres siguen activas y disponibles en la red.

Además, ambas empresas de servicios demandadas no sólo operan aquí, sino que lo hacen a escala mundial.

Entonces, si la medida tiene alcance sólo para los límites territoriales del Estado argentino, el acceso a estas páginas está vedado sólo para los buscadores “Yahoo!” y “Google” de Argentina, ¿pero qué ocurriría si un usuario de Internet radicado en nuestro país iniciara en la red una búsqueda del nombre de la actora que interpuso la acción, y además se dio curso a una medida cautelar, en los buscadores de esas empresas de otro país, p. ej., EE.UU. o España?

La respuesta es sencilla: arrojaría como resultado inevitable e ineludible que el nombre de la parte actora continuaría estando asociado a sitios de contenido sexual no consentido por ésta.

VI. De lo genérico a lo preciso

En la mayoría de las primeras medidas cautelares innovativas otorgadas en procesos contra los buscadores demandados (esencialmente “Google” y “Yahoo!”) se les ordenó que arbitraran los medios necesarios para bloquear el nombre, las fotografías, las imágenes y toda otra referencia a la parte actora que permitiera identificarla y/o vincularla con contenidos que pudieran afectar sus derechos personalísimos.

Con el transcurrir del tiempo se fue juzgando que, al otorgar la medida cautelar, no podría ser ésta de carácter genérico, como la especificada en el párrafo anterior, puesto que al ordenar bloquear *toda referencia a una persona determinada* se impedía el acceso a otros contenidos lícitos.

Ordenar a un buscador determinado, por medio de una medida cautelar innovativa genérica, bloquear de sus resultados indexados toda vinculación entre el nombre y/o la imagen de determinada persona es estar colocando en

{ NOTAS }

(7) Fuente: <http://www.abcdatos.com/buscadores/robot.html>.

(8) Art. 232: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”.

(9) LEIVA, Inés, “Avances en materia procesal hacia la efectiva vigencia de los derechos sustanciales”, *www.elDial.com*.

(10) CNCiv., sala I, 01/03/2016, “F. M., S. M. c. Google Inc. Yahoo de Argentina SRL s/ medidas preca-

torias”, LA LEY, 2016-B, 413; RCyS 2016-V, 101; AR/JUR/3806/2016.

(11) Como acertadamente lo menciona Carlos Calvo Costa, “en la legislación argentina, con anterioridad a la sanción del Cód. Civ. y Com., pese a la ausencia de normativa específica de fondo sobre la prevención del daño, se fueron encontrando algunas medidas que apuntaban a ello y también remedios inhibitorios de protección sustancial, sobre todo a lo largo del articulado del Cód. Civil derogado: en el derecho personalísimo a la intimidad (art. 1071 bis), en la protección ante ruidos y molestias provenientes de inmuebles vecinos (art. 2618). También en otras cuestiones contempladas en leyes especiales: derecho de propiedad intelectual (art. 79, ley 11.723), competencia

desleal (ley 22.262 y decreto reglamentario), protección del medioambiente (art. 4º, ley 25.675 General del Ambiente), prevención de contaminación atmosférica (arts. 10 y 14, ley 20.284) y de contaminación de aguas (arts. 1º y 2º, ley 22.190), la preservación del aire (art. 10, ley 20.284), la cesación de actos discriminatorios (art. 1º, ley 23.592), la amenaza de daños a consumidores (arts. 52 y 55, ley 24.240), la prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo (art. 1º, ley 24.557), etc.”. CALVO COSTA, Carlos, “La pretensión preventiva en el derecho de daños”, LA LEY, 2018-A, 976.

(12) El art. 1710 del Cód. Civ. y Com. establece el deber de prevención del daño: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un

daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

(13) “Nepal: out of the silence”, <https://cpi.org/reports/2005/05/nepal-news.php>.

(14) Egipto cortó por completo el acceso a internet entre el 27/01 y el 02/02/2011.

(15) También están al tope en este rubro: “DuckDuckGo”, “Gibiru”, “Startpage”, “MSN-Microsoft Sites”,

cabeza del buscador demandado una exigencia desmedida y peligrosa a la vez, porque atribuye un enorme poder al buscador al evaluar el contenido del sitio o, cuanto menos, el contenido de la descripción que surge de los listados de resultado en sus páginas SERP (16), en orden a determinar en cada caso particular la pertinencia o no de su bloqueo.

Además, cuando un contenido que genera daño comparte una misma dirección IP, nombre de dominio, etc., la imposición de un bloqueo genérico producirá una denegación de acceso a otros contenidos lícitos que pueden ser alojados en aquélla. Implicaría analógicamente esto que por un párrafo se impidiera leer todo un libro.

El otorgamiento de una medida cautelar en términos demasiado genéricos también torna por lo pronto dificultosa, si no imposible, la verificación de su efectivo acatamiento, puesto que van surgiendo nuevos contenidos dañinos incesantemente.

Así lo ha expresado la CS en la sentencia “Belén Rodríguez”, donde entendió que sobre los buscadores no existe una obligación general de vigilar los contenidos que se suben a la red y que son provistos por los responsables de cada una de las páginas *web* (consids. 15, 16 y 17).

Por lo tanto, posteriormente se ha convertido en una corriente jurisprudencial que en todo proceso contra los buscadores, la parte actora deberá precisar cuáles son los dominios que busca bloquear o eliminar frente a la dinámica propia del medio digital, la generación continua de contenidos y su correspondiente expansión vertiginosa.

En la sentencia “S., G. E. c. Google Inc. s/ medidas cautelares” se especificó que, tras verificar la dificultad en determinar el cumplimiento de la cautelar sobre bases amplias, se modificaron sus términos a fin de que sea el actor quien denuncie las URL cuyo bloqueo solicita, debiendo el juez fijar un plazo para que la firma cumpla con la orden que dicte (17).

En la sentencia “D. G., J. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios”, la CFed. Civ. y Com., sala III, ha reconocido también las dificultades en el cumplimiento de medidas de carácter genérico para eliminar enlaces (con contenido moral o lícito) de manera fiable sin afectar otros elementos ajenos al reclamo, y ha resuelto posteriormente que los peticionantes debían individualizar las URL en las que efectivamente se exhibían las fotografías cuya publicación consideraban lesiva de sus derechos (18).

El mismo criterio de individualización de las direcciones URL cada vez que van surgiendo se observa en otras sentencias (19).

VII. Interesante precedente jurisprudencial sobre la impracticabilidad del control preventivo, genérico y discrecional de contenidos

VII.1. “MMJJ c. Google Inc. y otro s/ medidas cautelares” (20)

Posteriormente al antecedente “Belén Rodríguez”, la CFed. Civ. y Com., sala I, debió resolver sobre un pedido cautelar del actor para que los buscadores demandados bloqueen los resultados que enlazaban al *blog* “y cualquier otro que en el futuro se identifique”, a los fines de evitar la divulgación “de las injurias contenidas en el sitio [que] es exigible al buscador

como un hecho propio derivado de la función de facilitador o multiplicador de acceso a la información”.

La Cámara entendió que “ni los artículos del Cód. Civ. y Com. (1711 y conscs.), ni ninguna otra de las normas de nuestro ordenamiento jurídico invocadas por el accionante para requerir la orden de bloqueo o eliminación de la información cuestionada, pueden ser aplicadas sin compatibilizarlas con la totalidad de los derechos constitucionales involucrados”, y advirtió acertadamente que “tampoco es admisible la pretensión de imponer a la demandada un control preventivo y discrecional hacia el futuro sobre la circulación de contenidos que eventualmente pudieran afectar los derechos del actor, como la que solicita respecto de ‘cualquier otra mención que a él se haga en el sitio (...)’, puesto que implica una restricción general y para el futuro, que podría comprometer la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas, derecho garantizado por la CN y por la ley 26.032 —BO del 17/06/2005— y es incompatible con la doctrina de la CS en la causa ‘Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios’, R.522.XLIX. del 28/10/2014” (cfr. consids. 24 a 28 del voto de la mayoría).

VIII. Dificultades técnicas que presenta la implementación de medidas cautelares y/o acción preventiva en materia de bloqueo a sitios en Internet

La cuestión de la eficacia de toda medida cautelar y/o acción preventiva no es menor en todo lo concerniente a los daños en Internet y específicamente en todo lo relativo a la intervención de los buscadores, pues una medida dispuesta en nuestro territorio sólo tendrá efecto dentro de sus límites geográficos, lo que resultará insuficiente a la hora de aplicarlas en el mundo de Internet, una red global, por lo que todo lo que se ordena preventivamente en un país no generará efectos en otros.

Además, un usuario con conocimientos mínimos de Internet está lo suficientemente informado acerca de que los buscadores, como “Google”, poseen filiales regionales, y como la manda judicial no se extiende a otros países, puede buscar incluso desde nuestro territorio y en esos otros dominios filiales todos aquellos contenidos que se pretende bloquear por la o las acciones interpuestas.

Del mismo modo, se debe mencionar en cuanto a las exploraciones *online* que también existen otros tantos buscadores alternativos que en realidad rastrean y se copian los resultados entre sí, por los que muchas veces quedan desactualizados, aun mucho tiempo después de que alguno de ellos elimine un enlace. También coexisten en Internet buscadores que indexan los contenidos censurados o bloqueados en otros (21).

Se podrá aducir, debo reconocerlo con acierto, que tanto Google como Yahoo! son los buscadores más requeridos por los usuarios para sus pesquisas y que por ello magnifican aún más los daños al facilitar masivamente el acceso a ciertos contenidos en supuestos determinados (retardo o incumplimiento en la aplicación de la orden de bloqueo), pero también no es menos cierto que esos otros buscadores efectúan las mismas acciones que los más populares.

Siempre reparo en los siguientes planteamientos ante cuestiones como las aquí analizadas: por no ser tan conocidos ciertos buscadores, ¿no pueden generar también daños a los derechos personalísimos? Para entablar una demanda por daños y perjuicios, ¿por qué se suele

dejar de lado al generador del contenido dañoso (página *web*)? ¿La vara será la mayor o menor facilitación que se produce en relación con el contenido generador o la mayor o menor potencialidad de respuesta económica de las empresas? No se debiera deparar en estas cuestiones cuando está en juego la reparación ecuaníme de derechos tan importantes y sensibles.

Además, debo señalar que aun cuando pueda eventualmente bloquearse el acceso a ciertos contenidos por parte de los buscadores, éstos siempre quedarán disponibles en la red. Son contados los casos donde se han dirigido acciones contra los generadores del contenido que ha ocasionado el daño. La permanencia de este tipo de contenidos importa que puedan ser ubicados por los usuarios bajo otras formas: desde ir específicamente al dominio en cuestión (dirección URL) o emplear otros buscadores, como ya fuera señalado.

Todas estas situaciones especificadas anteriormente representan escollos serios para hacer cumplir eficazmente medidas judiciales como las que se plantean en estos casos.

Pero otro factor que demuestra lo insuficiente e ineficaz de interponer medidas cautelares y/o acciones preventivas, aun dentro de los límites geográficos de un país, es que constantemente siguen apareciendo nuevos contenidos y enlaces a páginas que replican los eventos que generan daños, más allá del cumplimiento efectivo que haga el buscador de la sentencia de un magistrado perteneciente a un país determinado y en el contexto de una causa específica.

También he de destacar que los buscadores pueden bloquear enlaces a contenidos que revistan la relación entre el nombre de una persona y ciertas palabras, ¿pero ello alcanzará para frenar los posibles daños? La respuesta es rotunda: no, pues ¿cómo prever con antelación las múltiples variables y combinaciones que pueden existir entre palabras y el nombre de la víctima del daño?

Reitero nuevamente que si bien dentro del contexto actual la petición de bloqueos a *links* indexados por los buscadores es la medida correcta, aun cuando advierto sobre sus alcances y limitaciones, los contenidos que lesionan derechos personalísimos siguen intactos en la red. El contenido permanece en su sitio, sin ir contra los generadores del daño en la mayoría de los casos y así erradicar de raíz el problema.

Por su parte, el constante replicar de los contenidos lesivos en múltiples páginas redireccionadas por los buscadores, con múltiples opciones de combinaciones posibles de términos, hace que la tarea del seguimiento, para operar primero la notificación y el posterior bloqueo y/o eliminación de *links* a páginas que alberguen contenidos dañosos, se convierta en titánica. También esta práctica toma dicho cariz porque puede aparecer lo que se denomina “falsos positivos”, que se originan cuando se bloquea un contenido que en principio no se intentaba bloquear, porque se emplea una búsqueda de palabras clave mal elaborada para tal finalidad.

Los generadores de contenidos van mudando continuamente de dominios *web* y plataformas que los albergan. Las empresas de mercadotecnia que se desenvuelven en Internet van analizando el tráfico de datos verificando cuáles son los términos y personalidades más buscados para utilizarlos en su provecho en las campañas de difusión de los *web sites* (comerciales, de propaganda política, etc.). Dichos términos “gancho” pueden estar

o no en las páginas, pero sí en los archivos, que sólo pueden ser analizados por los robots rastreadores de los buscadores, tan sólo para llamar la atención de los usuarios y que éstos, atraídos por la búsqueda, se encuentren con otros contenidos que se les ofrecen.

Por todo lo antes expuesto, constantemente se hace necesario, más allá de lo dificultoso y arduo de la tarea, ir denunciando todos aquellos nuevos enlaces que vayan surgiendo o de los que se tome noticia con posterioridad, a los fines de ordenar al o los buscadores el bloqueo solicitado mediante la medida cautelar y/o acción preventiva. Dicha tarea, por cierto, convierte el cumplimiento de las medidas preventivas en una carrera, vuelvo a reiterar, incesante y estéril, cuasi utópica, ya sea por las características del medio o por las diferentes prácticas para propagar contenidos en Internet. La batalla judicial que se entabla se asemeja a una carrera a destiempo, donde “los perros siguen siempre por detrás al conejo mecánico”.

En definitiva: debe quedar claro que establecer siempre bloqueos a contenidos por parte de los buscadores para evitar la expansión del daño puede tornarse una práctica excesiva o insuficiente a la vez, porque se puede bloquear de más pero, al mismo tiempo, menos de lo deseado.

IX. Modificar la estructura de Internet en general: forma de ordenar contenidos y su directorio. Escenario hipotético

La sentencia aquí analizada hace inferir que si los buscadores son una creación humana que posibilita y facilita el acceso a contenidos mediante algoritmos, también se puede lograr su supresión para evitar un daño a terceros por haber puesto al alcance de todos los usuarios de la red páginas que vinculaban el nombre e imagen de la actora con sitios de índole sexual, de prostitución y pornografía.

Permítanme también opinar en contra de este punto.

Para lograr tal finalidad, lo que se debería modificar es la estructura y arquitectura misma de Internet, pues quien determina las palabras clave (*tags*, *metatag*, etc.) para que sean rastreadas por los buscadores son los creadores de contenidos.

Como referencié anteriormente, dichas palabras clave se encuentran en archivos especiales ocultos a la vista de todo usuario, pero son detectables para los robots rastreadores de los buscadores.

Una de las alternativas para evitar daños sobre derechos personalísimos sería establecer un sistema de control total de los contenidos, donde se pudiera determinar fehacientemente quién es el autor de lo que es subido a la red (texto, voz, video, fotografía). Si no estuviera registrado no podría interactuar en la red.

Todo ello implicaría concebir una nueva Internet, la cual seguiría siendo instantánea, pero ya no anónima.

Dentro de este hipotético contexto se podrían cometer actos ilícitos, tanto civiles como penales, pero sería potencialmente más viable identificar al autor. Se desalentaría el uso ilegal de la red, pero se perdería totalmente la intimidad, puesto que el emisor/ creador del contenido estaría identificado previamente, con lo que quedaría en evidencia prístina cuáles son sus preferencias, orientaciones y gustos personales.

{ NOTAS }

“Time Warner Network”, “Ask Jeeves”, “InfoSpace Network”, “All Other”, entre otros.

(16) SERP significa *search engine results page* o, en español, página de resultados del buscador.

(17) CNFed. Civ. y Com., sala III, 02/05/2013, “Sagües

, Guillermo E. c. Google Inc. s/ medidas cautelares”, cita: IJ-LXIX-477.

(18) Causa 4.926/06/CA2.

(19) Entre otras: “B. G. A. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ medidas cautelares”; “Nara, W. S. c. Yahoo Ar-

gentina SRL y otro s/ medidas cautelares”; “Albertario, Claudia Patricia c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ medidas cautelares”; “Fabbiani, Mariana Paula c. Google Inc. y otro s/ acción preventiva de daños”. JFed. Civ. y Com. N° 2, 3015/2016.

(20) C. 7259/2014/CA2 I, “M.J.J. c. Google Inc. y otro s/ medidas cautelares”, 07/07/2016.

(21) Gibiru, por ejemplo, es un buscador web que añade contenidos censurados.

(22) FERNÁNDEZ SESSAREGO, “Derecho a la in-

La forma de implementar este sistema hipotético, desde mi punto de vista, sería que cada país administre el acceso a Internet de sus habitantes, otorgando un nombre de usuario a cada persona física interesada y restringiendo los canales por donde ingresa la información (p. ej., que ingrese por terminales telefónicas pero no satelitales).

El sistema contaría a su vez con un control aún más exhaustivo, que no sólo involucraría la identificación del usuario de Internet, sino también la aprobación o no de los contenidos que se suben.

Un organismo estatal podría recibir las peticiones de publicación y determinar si puede ubicarse en la red o no, emitiendo etiquetas como sellos digitales a través de archivos de texto invisibles en cada página. Si esto se hiciera como paso previo a la publicación, el Estado se reservaría el derecho de censurar o no una página en Internet según su contenido.

Combinado con el acceso a través de usuarios registrados y monitoreados por el Estado, se convertiría a Internet en una red bajo el total control de lo que se hace y de quién lo hace. Como cada país tiene el control de acceso a las páginas de otros países, podría ocurrir que un sitio sea accesible desde la Argentina y no desde Uruguay. En este contexto no existiría la red globalizada.

Un nuevo sistema así establecido importaría recrear un Estado policial altamente tecnificado al estilo de la novela "1984" de George Orwell, pues la información recabada del monitoreo de Internet podría emplearse para fines tales como la persecución política o religiosa, o como base para un Estado totalitario.

Esta nueva estructura implicaría encontrar formas radicalmente distintas a las conocidas acerca de cómo se exponen contenidos *online* e importaría no cambiar a quien ordena e indexa el acceso a aquéllos.

Saliendo del escenario hipotético que he planteado con anterioridad para pasar al con-

temporáneo, donde se intenta poner en cabeza de los buscadores la eliminación del acceso a contenidos que generan eventualmente daños, sin una determinación específica, ello puede entrañar un severo efecto contrario, ya que, por garantizar el pleno ejercicio de los derechos personalísimos, se puede caer en limitaciones gravísimas a la libertad de expresión y el acceso a contenidos.

¿Cómo saber si un contenido reviste la calidad de lesivo en ciertos supuestos, si se veda su conocimiento previamente, tan sólo por el hecho de mencionar, por ejemplo, el nombre de quien impetra este tipo de medidas?

Una herramienta legal no puede convertirse en una medida desproporcionada en su aplicación, porque con la intención de defender ciertos derechos se puede atentar contra otros. Por eso hay que medir muy bien los alcances de una medida cautelar y sobre todo la mecánica del medio sobre el cual se ha de imponer, como la que se intenta establecer en estos autos, si no se quiere llegar a los extremos señalados previamente.

Se ha dicho con total acierto que para anteponer una medida cautelar en este tipo de situaciones no resulta fácil aplicarlas cuando debe "anticiparse a una amenaza, acertar con precisión sobre la inminencia de un daño potencial. El ámbito de operatividad de la acción inhibitoria tendiente a prevenir una amenaza, es por ello, reducido" (22).

En el marco actual de lo que es Internet, una red abierta, universal, instantánea y ubicua, en los supuestos de daños a derechos personalísimos por contenidos *online*, se deberá estar a un control posterior de aquéllos sin recurrir a mecanismos preventivos excesivos que pueden representar una censura previa que afecte la libertad de expresión.

En tal sentido, la CS, en la sentencia "Belén Rodríguez", si bien ha realizado una férrea defensa de los derechos a la intimidad, honor e imagen, a su vez, como contrapeso, también ha manifestado el respeto irrestricto a la li-

bertad de expresión al señalar que "el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva. Así, a través de Internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o no hacerlo— sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, Internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública".

X. Palabras finales

Los riesgos que irrogan ciertas prácticas en Internet y que afectan severamente derechos personalísimos de las personas han sido eje reiterado de mis trabajos como forma de manifestar mi preocupación frente a lo que he denominado la "cristalización de las personas" (23).

Pero también siempre me he planteado ante estas cuestiones si los responsables de los buscadores pueden eliminar de sus resultados de búsqueda ciertos términos, imágenes y contenidos en forma genérica como forma de preservar determinados derechos individuales y colectivos. La respuesta es contundente: obviamente que sí.

Prueba de ello son las negociaciones que Google está teniendo con el gobierno chino para fijar bajo qué condiciones el buscador podría operar dentro de su territorio (24), lo cual fuera denunciado por empleados de la empresa (25).

Este modelo podría replicarse en cualquier otro donde, ya sea por sus leyes o por sus costumbres, ciertos contenidos disponibles en la red atentaren contra derechos personalísimos o valores preestablecidos en una comunidad, o bien fueran contrarios a los regímenes políticos con sesgo totalitario.

Reconocer que los buscadores pueden eliminar enlaces referentes a cualquier persona, imagen, hecho, etc., implica reconocer

también que se puede ejercer una censura previa en la red que afectará indudablemente la libertad de expresión. De ser ejercida cabalmente implicará, sin dudas, la instalación de una Internet como no ha sido conocida en la actualidad.

Más allá de la responsabilidad que puede generar un buscador, se debe ir contra el que ha creado el contenido (civil y penalmente), eliminando así lo que genera el daño. Para aplicar cabalmente los principios de la responsabilidad civil se requiere la necesaria cooperación entre los actores de Internet y las jurisdicciones como requisito primordial, pues, por las características del medio, el contenido ilegal se extiende más allá de las fronteras y las leyes de cada país.

Más allá de lo señalado con anterioridad, no desconozco, reitero, las responsabilidades ulteriores que les corresponde a los buscadores. En el caso específico de los mencionados, éstos serán sólo responsables, en mi opinión, desde el momento en que tomen conocimiento efectivo del daño, mediante actuación judicial, por la omisión de bloquear los contenidos y/o el retraso en cumplir con la manda (26).

En dichos supuestos deberían responder por los padecimientos ocasionados a las personas afectadas por indexar contenidos a los cuales facilita su acceso.

Pero también soy consciente de la dificultad que conlleva efectivizar una protección eficaz y efectiva a las víctimas frente a contenidos *online* que afectan sus derechos personalísimos sin a su vez incidir eventual y negativamente sobre otros derechos, pues, como fuera dicho anteriormente, estamos siempre en presencia de una carrera desigual y asimétrica, donde la generación del daño en Internet sigue una velocidad secuencial constante y vertiginosa, que va siempre por delante de las medidas que tienden a prevenirlo. ●

Cita on line: AR/DOC/2426/2018

{ NOTAS }

timidad personal", p. 277, citado por ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, 1996, t. II-D, p. 318.

(23) Ver trabajos de mi autoría: "Derecho a la intimidad e internet", JA del 12/01/2005; "Marketing directo, base de datos e intimidad", ED 213-679, p. 5; "Los derechos a la imagen y la intimidad en la era de los teléfonos móviles con cámara fotográfica e internet", ED 214-948; "Correo electrónico e intimidad. Formas de vulnerarlos. Intercepción en investigaciones criminales: peligrosa tendencia mundial. La 'razonable expectativa de intimidad'. La protección de los mensajes de texto y del chat entre otras formas de comunicación. Necesaria incorporación de la noción abarcativa de 'mensaje de dato'", ED 221-882; "Correo electrónico: control laboral. Intimidad. Los llamados 'compromisos de confidencialidad'", ED del 07/11/2007, p. 20. "Videovigilancia. El tratamiento de la imagen como dato. Análisis. Antecedentes. Biometría. Intimidad, imagen y videovigilancia. Necesidad de establecer un marco legal

regulatorio en el ámbito nacional", ED del 03/12/2008, nro. 12.146; entre otros.

(24) Según el portal de noticias *online* "The Intercept", Google "está desarrollando un prototipo de un motor de búsqueda censurado para China que vincula las búsquedas de los usuarios con sus números de teléfono personales, lo que facilita que el gobierno chino pueda supervisar las consultas de las personas. El motor de búsqueda, cuyo nombre en código era Dragonfly, fue diseñado para dispositivos Android y eliminaría el contenido que el régimen del Partido Comunista de China considera sensible, como información sobre disidentes políticos, libertad de expresión, democracia, derechos humanos y protesta pacífica. Los detalles no divulgados previamente sobre el plan, obtenidos por The Intercept el viernes, muestran que Google compiló una lista negra de censura que incluía términos como 'derechos humanos', 'protesta estudiantil' y 'Premio Nobel' en mandarín". Fuente: "Google China prototype links searches to phone numbers", <https://theintercept.com/2018/09/14/google-china-prototype-links-searches-to-phone-numbers/>. También se puede consultar: "Google diseña para China un buscador que vincularía las búsquedas de los usuarios a sus números de teléfono", *Diario ABC de España*, <https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-google-disena-para-china-buscador-vinculacion-busquedas-usuarios-numeros-telefono-201809181940-noticia.html>.

(25) En la carta, que fue obtenida por The New York Times, los empleados piden a Google mayor transparencia para entender las consecuencias éticas de su trabajo, así como consideración de los derechos humanos involucrados. Los empleados argumentan que el monitoreo de internet y la colaboración con el gobierno chino son usados para sofocar las voces disidentes de China y señalan que pone en riesgo la información personal de los activistas. También solicitan a la tecnológica que les permita participar en revisiones éticas de los productos de la empresa, designar representantes externos para garantizar la transparencia y publicar

una evaluación ética de proyectos polémicos. Fuentes: "Google employees protest secret work on censored search engine for China", *The New York Times*, 16/08/2018, <https://www.nytimes.com/2018/08/16/technology/google-employees-protest-search-censored-china.html>. "Empleados de Google protestan contra navegador censurado para China", *Hipertextual, portal de noticias online*, <https://hipertextual.com/2018/08/google-navegador-censurado-china>.

(26) En la causa "L., S. N. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios" de la sala II de la CFed. Civ. y Com., el juez Gottardi, autor del voto al cual adhirieron sus pares del tribunal, sostuvo que "la utilización del nombre e imagen de la actora ha sido a través de los buscadores gerenciados por las demandadas sin contar con su autorización, como así también que las demandadas no acataron en su totalidad lo ordenado en las medidas cautelares iniciadas por la actora, es decir, no dieron debido cumplimiento al bloqueo de los sitios individualizados".

JURISPRUDENCIA

Beneficios para personas con discapacidad

Ley 19.279. Acceso a franquicias fiscales para la importación de automóviles destinados a personas con discapacidad para uso personal. Inconstitucionalidad de la valoración del patrimonio del núcleo familiar para excluir del beneficio.

Hechos: La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 19.279 en cuanto restringe el otorgamiento del acceso a las franquicias fiscales para la importación de automóviles destinados a personas con discapacidad en función de la capacidad económica del grupo familiar del solicitante.

1.- La ponderación de la situación económica del grupo familiar de una persona con discapacidad para otorgar la franquicia impositiva de acceder a un vehículo importado no es un medio adecuado para

asegurar que el colectivo que precisa del beneficio de adquirir una movilidad de calidad quede efectivamente incluido dentro de la política de la ley 19.279, dado que sobre la familia no existe una obligación legal que le exija contribuir en la adquisición del vehículo, sino que su aporte es siempre voluntario y potencial; no se trata de un indicador objetivo y fehaciente para verificar la efectiva capacidad económica de la persona interesada. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

2.- Determinar la capacidad económica de una persona con discapacidad en función de la de su grupo familiar se encuentra en tensión con una finalidad esencial del sistema internacional de protección de las personas con esta problemática y del propio régimen de franquicias de la ley 19.279, esto es, favorecer la autonomía e independencia de aquéllas, pues reproduce y refuerza su imagen de personas dependientes de la sociedad y de su familia, contraria al enfoque constitucional que las reconoce y promueve como suje-

tos autónomos e independientes, al pretender lograr su plena inclusión social en igualdad de oportunidades con los demás. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

- 3.- No es inconstitucional que la ley 19.279, que establece el acceso a franquicias fiscales para la importación de automóviles destinados a personas con discapacidad, limite el acceso a una medida de apoyo económico complementario para la importación de un vehículo en razón de la capacidad económica de las personas interesadas en adquirirlo, pues la diferencia de trato impositivo es establecida cuando la persona cuenta con suficientes recursos económicos para afrontar por sí sola la adquisición del automotor. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).
- 4.- No extender el beneficio impositivo previsto en la ley 19.279 a aquellas personas con discapacidad que no se enfrentan con

obstáculos materiales para acceder a una movilidad de calidad resulta adecuado y razonable, y no puede entenderse en modo alguno como un trato diferenciado prohibido por la Constitución Nacional. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

- 5.- La evaluación de la situación económica en forma conjunta con la del "núcleo familiar" como sustento para excluir a la persona con discapacidad de la franquicia fiscal prevista en la ley 19.279, constituye un parámetro que debe ser considerado con sumo cuidado en tanto tiende a reducir el marco de protección especial de las personas con discapacidad; pues la laxitud con que ha sido concebida la norma reglamentaria puede conducir a consagrar soluciones injustas y contrarias al respeto de la autonomía individual, la máxima independencia de las personas, y la plena integración en la sociedad, que la propia norma y aquellas de jerarquía constitucional consagran. (Del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

- 6.- Para que exista denegación de la igualdad ante la ley no sólo ha de existir discriminación, sino que además ella deberá ser arbitraria. No sucede así cuando el distingo se basa en la consideración de una diversidad de circunstancias que fundan el distinto tratamiento legislativo, es decir, cuando concurren razones objetivas de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad. (Del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

- 7.- No es irrazonable que el Estado recurra a un parámetro objetivo como la capacidad económica de aquellos a quienes se dirige la ayuda social, pues al así hacerlo orienta los recursos públicos a paliar los obstáculos económicos que padecen ciertas personas, en el caso, para acceder a la adquisición de un automotor que les permita contar con una movilidad de calidad. (Del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

121.595 — CS, 21/11/2018. - González Victorica, Matías y otros c. EN - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento.

[Cita on line: AR/JUR/60783/2018]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 3º de la ley 19.279, texto según ley 24.183.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

Concurso preventivo

Tasa de Justicia. Base imponible. Pasivo coincidente en varios concursos.

La base sobre la que debe calcularse el importe de la tasa de justicia en un concurso preventivo es la suma de todos los créditos verificados comprendidos en el acuerdo, sin que quepa hacer distingo alguno en caso de que dicho pasivo pudiera resultar coincidente en varios concursos, puesto que en todos ellos media un servicio de justicia que debe ser prestado en forma independiente.

121.596 — CNCom., sala B, 22/11/2018. - Álvarez, Romina Julieta s/ Concurso preventivo.

[Cita on line: AR/JUR/62366/2018]

COSTAS

A la concursada

2ª Instancia. — Buenos Aires, noviembre 22 de 2018.

Vistos: 1. La concursada apeló el auto de fs. 308, mediante el cual la Sra. Juez *a quo* la intimó a abonar la tasa de justicia liquidada por la sindicatura. Su memorial de fs. 311/12 fue contestado a fs. 314/15. El Representante del organismo fiscal dictaminó a fs. 324.

2. El art. 13 de la ley 25.563 establece como pauta cuantitativa de la tributación, el pasivo conformado por los acreedores concurrentes, por lo que la base sobre la que debe calcularse el importe de la tasa de justicia en un concurso preventivo es la suma de todos los créditos verificados comprendidos en el acuerdo. (CNCom., esta Sala, *in re*, "Eficast SA s/ concurso preventivo s/ incidente de tasa de justicia", del 19/06/2007).

Ello, sin que quepa hacer distingo alguno en caso que dicho pasivo pudiera resultar coincidente en varios concursos, puesto que en todos ellos media un servicio de justicia que debe ser prestado en forma independiente, sin que obste a tal conclusión que una —o varias— acreencias se encuentren verificadas en el concurso del obligado principal y de su garante. (CNCom., esta Sala, *in re*, "Tura, Ana s/ concurso preventivo", del 19/12/2011 y sus citas; entre otros).

3. Por lo expuesto, se rechaza el recurso de fs. 309 y se confirma la providencia de fs. 308, con costas a la concursada, por resultar vencida. Previa a tratar los recursos de apelación deducidos contra los honorarios, vuelvan las actuaciones a la anterior instancia a fin de que la Sra. Juez *a quo* discrimine numéricamente los honorarios fijados al síndico Juan C. Caro y a su letrada Graciela S. Turco. Notifíquese por Secretaría del Tribunal, conforme Acordadas N° 31/11 y 38/13, CSJN, y al Sr. Representante del Fisco en su despacho. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4º de la Acordada N° 15/13, CSJN y, devuélvase al Juzgado de origen. Firman las suscriptas por encontrarse vacante la vocalía N° 5 (conf. Art. 109, RJN). — *Matilde E. Ballerini*. — *María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero*.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, Secretaría N° 10, sito en Libertad 731, piso 10º de Capital Federal, hace saber que HUMBERTO ROSALES ABREU, DNI N° 95.438.941, de nacionalidad cubana y de ocupación director de arte, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento del algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días en el "Diario LA LEY".

Buenos Aires, 23 de octubre de 2018
M. Andrea Salamendy, sec.
LA LEY: I. 07/12/18 V. 07/12/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia

en lo Civil y Comercial Federal N° 8, a cargo del Dr. Marcelo Gota, Secretaría N° 16, a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que MARELYS SANTANA PERAZA, nacida en Sagua La Grande, Villa Clara, Cuba, el 16 de noviembre de 1969, con D.N.I. N°: 94.204.816, ha petitionado la concesión de la Ciudadanía Argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 20 de septiembre de 2018
Sebastián Andrés Ferrero, sec.
LA LEY: I. 07/12/18 V. 07/12/18

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil

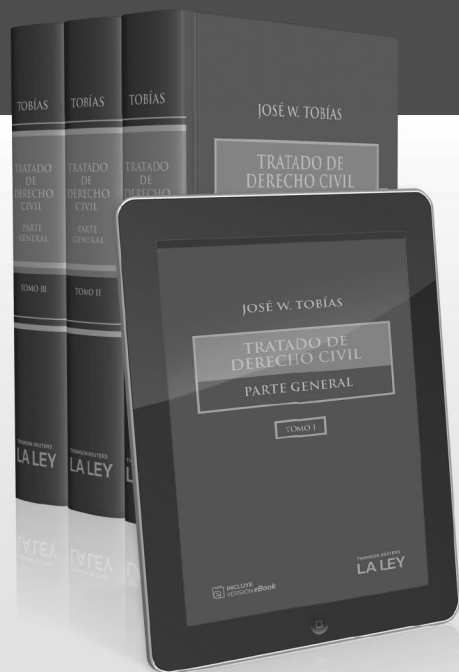
N° 21, interinamente a cargo de la Dra. Paula Andrea Castro, Secretaría a cargo de la Dra. Paula María Cicchino, sito en Talcahuano 490, 1º, CABA, cita y emplaza por 15 días en los términos de los arts. 146 y 147 CPCC, a presuntos herederos de ELDA MARGARITA GALDANI para que comparezca a contestar la demanda y tomar la intervención que le/s corresponda en autos "SASTRE, SONIA TERESA Y OTROS C/GALDANI, ELDA MARGARITA S/ Prescripción adquisitiva" (Expte. 94924/2017), bajo apercibimiento de designarse al Defensor Oficial que lo/s represente en juicio (conf. Art. 343 del CPCC). Publíquese por dos días en LA LEY. Paula Andrea Castro, Juez.

Paula María Cicchino, sec.
LA LEY: I. 06/12/18 V. 07/12/18

THOMSON REUTERS
LA LEY

TRATADO DE DERECHO CIVIL PARTE GENERAL

Autor: José W. Tobías



Actualícese con las **nuevas teorías incorporadas** por el Código Civil y Comercial de la Nación.

 3 tomos + ebook

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey  @TRLaLey   ThomsonReutersLatam