

Voces: MEDIDAS CAUTELARES - COSA JUZGADA - INTERNET - PÁGINAS WEB - DERECHOS INDIVIDUALES - PORNOGRAFÍA - CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA - ASTREINTES

Partes: B. G. A. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro | medidas cautelares

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal

Sala/Juzgado: I

Fecha: 2-feb-2012

Partiendo de la premisa de que las medidas cautelares sólo hacen cosa juzgada formal y no material, se modifica, por su amplitud, la medida otorgada por el juez de primera instancia, y se establece que es la actora quien debe identificar los sitios que el buscador demandado debe bloquear para que no se afecten sus derechos personalísimos.

Sumario:

1.-Cabe modificar la medida cautelar decretada por el juez de grado mediante la cual ordenó a la empresa demandada, propietaria de un buscador de internet, eliminar el nombre de la actora, fotografías, imagen y toda otra referencia que permita identificarla y vincularla con contenidos que puedan afectar sus derechos personalísimos, ya que no se puede soslayar las dificultades que entraña la determinación del cumplimiento de medidas cautelares con el alcance amplio decidido en la resolución apelada, y dado que sólo es razonable una medida precautoria que garantice los derechos personalísimos de la actora sin bloquear resultados del buscador que no sean susceptibles de afectar esos derechos.

2.-La resolución que desestimó el pedido de la demandada, de modificación o sustitución de la medida cautelar por otra en la cual la actora especificara los resultados del buscador que deseara que fueran bloqueados, no hace cosa juzgada sino que importó un juicio provisional que no impide modificar la cautelar decretada, de conformidad con las circunstancias actuales y también, con la experiencia recogida en numerosos procesos en los que se decidieron cuestiones relacionadas con estos conflictos, en uno de los cuales se ha afirmado que la calificación de un sitio como 'sexual' o 'pornográfico' a fin de determinar la posible afectación de los derechos personalísimos de la actora en virtud de la vinculación con aquél, exige una valoración de su contenido o cuanto menos del contenido de la descripción que surge de los listados de resultados, en orden a determinar en cada caso la pertinencia del bloqueo, en procura de armonizar todos los derechos involucrados, lo cual implica necesariamente una individualización de los enlaces que se debe analizar, que deberán ser proporcionados por la actora.

3.-Las medidas cautelares sólo hacen cosa juzgada formal, pero no material, por lo que si bien los decisivos que las establecieron no son recurribles una vez que quedaron firmes -sea por consentimiento o por haberse agotado las instancias de impugnación-, ello no implica que la materia resuelta no pueda ser alterada en el futuro.

4.-Toda vez que se modifica el alcance amplio con que se decreta la medida cautelar, y se admite el pedido de la empresa demandada, propietaria del buscador de internet, a fin de que sea la actora quien denuncie los sitios -URLs- respecto de los cuales solicite el bloqueo de la vinculación con su nombre a fin de garantizar con carácter precautorio sus derechos personalísimos, debe revocarse la intimación formulada por el A quo al cumplimiento de la medida cautelar bajo apercibimiento de astreintes.

Buenos Aires, 2 de febrero de 2012.-

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 698 y fundado a fs. 718/724 -cuyo traslado fue contestado a fs. 733/739- contra la resolución de fs. 692/693, y

CONSIDERANDO:

1. El señor juez intimó a Google Inc. -en adelante Google-para que en el plazo de cinco días diera cumplimiento a la medida cautelar de fs. 106/107, bajo apercibimiento de aplicar \$500 en concepto de astreintes por cada día de retardo, desde el vencimiento del plazo establecido anteriormente. Asimismo, consideró que nada correspondía resolver en relación con el pedido de Google de modificación de la medida precautoria formulado, con apoyo en la jurisprudencia que invocó, a fin de que la actora identifique los URLs que deberán ser removidos. A tal efecto, tuvo en cuenta que, además de que se trata de un precedente de un tribunal de alzada de otro fuero, la medida dispuesta en autos está firme y no se han aportado nuevas circunstancias que modifiquen la situación ponderada al momento de su resolución.

2. Google se agravia de lo decidido con sustento en la inexistencia de incumplimiento de la medida cautelar. A tal fin, señala que la búsqueda se realizó con el nombre de la actora más los vocablos "porno" o "sexovideo" lo que determina que se listarán sitios que contengan esas palabras, mas ello no demuestra la vinculación de una persona con sitios de contenido pornográfico. Añade que sólo se acompañó la impresión de los resultados de la búsqueda y no de los sitios, por lo cual no se puede verificar si se vincula a la actora con páginas pornográficas sin analizar el contenido de aquéllos. Añade que algunos sitios pueden llegar a incluir videos o fotografías de la actora, tomados a su vez de otros sitios, pero siempre en el marco de su actividad como modelo. Argumenta que, conforme la jurisprudencia actual en la materia que cita -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala D, causa "Da Cunha") y esta Cámara, esta Sala, causa "Slapka" y Sala II, causa "Nara"-, la actora debe denunciar los URLs -direcciones de sitios web- en las cuales se incluye el material que objeta. Manifiesta que si procediera a bloquear todo resultado con el nombre de la actora a fin de cumplir con la medida, se afectaría la libertad de expresión e implicaría la censura de los resultados que a exclusivo criterio de su parte serían de contenido sexual. Destaca que no existe cosa juzgada o preclusión en virtud del carácter provisorio de la medida cautelar dictada. Invoca su mutabilidad y que el auto que la decreta no causa estado. Agrega que existen fundamentos para que la medida sea revisada y que la actual jurisprudencia no considera viable ni conveniente imponer a los buscadores una obligación de control previo y amplio de contenidos. En este sentido requiere la revisión de la medida a efectos de evitar las consecuencias negativas que ocasiona la forma en que ha sido dictada y solicita que la actora identifique los URLs cuyos enlaces pretende que sean removidos, previo análisis y comprobación de su contenido por el juez.

La actora sostiene que la cuestión de la modificación de la medida precautoria está firme y precluida e invoca la jurisprudencia que transcribe. Señala que el memorial no se refiere a la resolución apelada sino a otras cuestiones, motivo por el cual solicita la declaración de deserción del recurso.

Subraya que el contenido de los sitios no es la cuestión debatida en autos sino los párrafos de descripción de los índices de búsqueda que permiten identificar el nombre de la actora con sitios de contenido sexual o pornográfico.

3. En primer lugar, a diferencia de lo manifestado por la representación de la parte actora, la Sala entiende que los agravios de la demandada satisfacen la exigencia del art. 265 del Código Procesal puesto que allí se critica la resolución del juez de primera instancia en los aspectos que se cree que ha errado, indicando las razones por las cuales debe revocarse la decisión que se considera injusta. Todo ello justifica, sin más, el rechazo de esta defensa.

4. Así planteados los agravios, corresponde recordar que el 8 de mayo de 2008 el Sr. juez dispuso como medida cautelar ordenar a Yahoo de Argentina SRL y a Google "la eliminación del nombre de la actora, fotografías, imagen y toda otra referencia que permita identificarla, conforme a lo precisado a fs. 86/7, punto I" (fs. 106/107). Posteriormente, precisó que el fin perseguido con su dictado es que provisoriamente no apareciera en la red la vinculación del nombre de la actora con contenidos que puedan afectar sus derechos personalísimos (fs. 348/349).

A fs. 247/252 Google -en lo que aquí interesa- solicitó la modificación de la medida cautelar para que se dispusiera que "sea la actora quien deba denunciar los resultados del buscador que desea sean bloqueados por vincularla a sitios de contenido inmoral".

Es cierto, como sostiene la actora, que tanto la decisión de fs. 106/107, como así también la resolución del 27 de

febrero de 2009 (fs. 383/385), mediante la cual se desestimó el pedido de Google de modificación o sustitución de la medida por otra en la cual la actora especificara los resultados del buscador que deseara que fueran bloqueados, quedaron firmes (cfr. resolución de la Sala a fs.435/437). Empero, las circunstancias que obran en la causa, sobrevinientes a dichas resoluciones -a las que se alude más adelante-, justifican aplicar la doctrina del fallo dictado, ante un planteo análogo, por la Sala II de este Tribunal en la causa "Raggi" 4091/06 del 29-4-2011, según la cual las medidas cautelares sólo hacen cosa juzgada formal, pero no material, por lo que si bien los decisorios que las establecieron no son recurribles una vez que quedaron firmes -sea por consentimiento o por haberse agotado las instancias de impugnación-, ello no implica que la materia resuelta no pueda ser alterada en el futuro (cfr. causa "Raggi" 4091/06 del 29-4-2011 y sus citas de doctrina: Couture, Eduardo, Fundamentos del derecho procesal civil, Depalma, 3ra. edición, pág. 416; Wetzler Malbrán, Alfredo, "Provisionalidad de las medidas cautelares y cosa juzgada formal", El Derecho, t. 136, págs. 255/56). En este sentido, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la resolución que hace lugar a medidas cautelares, ajustándose a las particularidades del caso, es siempre provisional y corresponde que sea modificada o suprimida -si la situación ulterior lo aconseja- atendiendo a la variación o a la invalidez de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se las dispuso. No cabe invocar la cosa juzgada material o formal respecto de las decisiones que decretan medidas cautelares (cfr. Fallos: 269:131; 289:181). No se puede soslayar, en ese orden de ideas, que las medidas cautelares se deben analizar en su función de medio afín con la pretensión deducida, ya que están destinadas a asegurar la eficacia práctica de la sentencia e impedir que se tornen ilusorios los derechos de la peticionaria por el transcurso del tiempo que insuma el proceso (Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, Astrea, 1989, t. 2, pág.47). Es por ello que el proceso cautelar no se justifica por sí solo y tiene en vista únicamente la existencia de otro principal, es decir, su carácter es instrumental, pues está ordenado a una decisión definitiva a la que tiene por objeto garantizar (Falcón, E., Código Procesal anotado, Abeledo-Perrot, 1983, T. II, págs. 233/34, nota n° 2; esta Sala, causa 7084/00 del 19-12-2000 y Sala III, causa 12.631/02 26-11-2002). Y sobre esa base se puede afirmar que en materia cautelar es esencial que concurren en todo momento los requisitos orientados a la protección o anticipación, con grado de verosimilitud, del derecho pretendido en el juicio principal al que acceden, para impedir que su satisfacción no sea ilusoria o irremediablemente tardía. Desde esa perspectiva, cabe concluir que la doctrina que surge de los fallos invocados por la actora para sostener la autoridad de cosa juzgada de la decisión cautelar, no es argumento suficiente para mantener la resolución apelada. En efecto, en la resolución de fs. 435/437 se hizo mérito de, que en ese estado de las actuaciones, no resultaba suficientemente acreditada la imposibilidad de individualizar sitios del tipo cuestionado mediante el rastreo a través de expresiones genéricas utilizadas en esa clase de sitios y se ponderó que no era razonable que la actora especificara los sitios web que debían ser excluidos según los términos en que se dictó la medida cautelar, por entenderse que dicha carga correspondía al buscador por estar en mejores condiciones. Es oportuno destacar que esa decisión importó también un juicio provisional por estar referida concretamente a circunstancias propias de la medida cautelar, la cual no pasa en autoridad de cosa juzgada. En este sentido no se puede soslayar que la conclusión de que esa era la solución razonable desde el punto de vista técnico, se fundó en el criterio receptado en varios fallos que fueron dictados en causa análogas al sub examine (cfr. considerando 4, cuarto párrafo). Por ello, tal conclusión fue consecuencia de la percepción que de la problemática planteada se formaron los tribunales en el estado liminar de numerosos procesos cautelares en trámite ante el fuero, que tuvo por finalidad la protección de los derechos personalísimos de los actores (cfr. Sala III, causa 7489/07 del 29-10-2011). En tales condiciones, la resolución mencionada no impide emitir un pronunciamiento acerca de la modificación de la medida cautelar decretada, de conformidad con las actuales circunstancias que surgen de estas actuaciones (en especial, fs. 471/474, 492/493, 498/500, 512/513, 538/544, 586/589, 646/666, 681/691), como así también la experiencia recogida en numerosos procesos en los que se decidieron cuestiones relacionadas con estos conflictos. En efecto, con anterioridad se dijo que desde la perspectiva integral que brindan los numerosos casos que el Tribunal ha examinado, teniendo en cuenta la forma en que se instrumentaron las medidas (cfr. causas 8409/07 del 29-5-08, 1636/07 del 7-5-09, 6087/08 del 11-6-09, 6351/08 del 24-9-09 y 4459/06 del 11-3-10, entre otras), tampoco se puede soslayar las dificultades que entraña la determinación del cumplimiento de medidas cautelares con el alcance amplio decidido en la resolución apelada, lo que constituye un indicio de su improcedencia. De hecho, la forma en que ha sido dispuesta la medida persuade de su ineficacia ínsita, puesto que su alcance tan general torna dificultosa, sino imposible, la verificación de su efectivo acatamiento (cfr. esta Sala, causa "Slapka", expte. 6103/06 del 31-08-10), máxime cuando el cumplimiento de esa orden involucra un medio altamente dinámico debido a los nuevos sitios que en forma permanente son incorporados (cfr. Sala III, causa 7489 cit.).

El mencionado carácter provisional de las medidas cautelares (art. 202 del Código Procesal) está implícito, asimismo, en los arts.203 y 204 del ritual, en el sentido de que ambos preceptos prevén la modificación o sustitución de una medida cautelar pedida o decretada por otra menos perjudicial, sobre todo cuando aquélla genera un gravamen innecesario. Ello, claro está, siempre que se garantice el derecho del peticionario de la medida. Es decir, para que la sustitución de la medida cautelar se requiere que el tribunal pondere los derechos invocados por ambas partes del litigio. Y en ese balance tampoco pueden quedar al margen los derechos de terceros, máxime cuando la medida puede afectar garantías constitucionales de aquéllos (cfr. Sala III, causa 7489 cit). Esa apreciación de los intereses involucrados en estos procesos fue efectuada por la Sala en la causa "Slapka" citada para modificar el alcance con el que estaba decretada una medida cautelar como la que aquí se cuestiona. En ese precedente se afirmó que "la calificación de un sitio como 'sexual' o 'pornográfico' a fin de determinar la posible afectación de los derechos personalísimos de la actora en virtud de la vinculación con aquél, exige una valoración de su contenido (cfr. Sala II, doctrina de las causas 4235/06 del 18-12-09 y 8865/09 del 30-6-10) o cuanto menos del contenido de la descripción que surge de los listados de resultados, en orden a determinar en cada caso la pertinencia del bloqueo y en procura de armonizar todos los derechos involucrados. Ello implica necesariamente una individualización de los enlaces que se debe analizar". Allí también se hizo particular valoración de la ley 26.032 (B.O. 17-6-05) en cuanto dispone que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de Internet está amparada por la garantía constitucional de la libertad de expresión (art.1º). En ese entendimiento sólo es razonable una medida precautoria que garantice los derechos personalísimos de la actora sin bloquear resultados del buscador que no sean susceptibles de afectar esos derechos (cfr. lo manifestado por Yahoo a fs. 381, 505/506 -punto III- y 521). Por ello, toda vez que los derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos, la protección cautelar acordada a la actora en este proceso debe mantenerse, aunque con un alcance apropiado que armonice los intereses en juego, sin ocasionar perjuicios que pueden evitarse modificando los términos en que fue inicialmente decretada (cfr. Sala III, causa 7489 cit). Consecuentemente, se debe revocar la resolución apelada y admitir el pedido formulado por Google a fs. 646/659 -punto IV- a fin de que sea la actora quien denuncie los sitios -URLs- respecto de los cuales solicite el bloqueo de la vinculación con su nombre a fin de garantizar con carácter precautorio sus derechos personalísimos reconocidos en la resolución de fs. 106/107. Además, ésta es la mejor solución que en este estado se advierte para que el juez pueda valorar concretamente si los resultados informados por el buscador -que indique la actora- afectan los derechos protegidos por la medida cautelar, y por ende, verificar su efectivo acatamiento, extremos que no se logran con el alcance amplio con el que fue decretada (cfr. esta Sala, causa 6103/06 cit.; Sala II, causa 8952/09 del 30-11-10; Sala III, causas 8805/09 del 14-4-11 y 7489 cit.).

5. La decisión adoptada implica admitir el pedido de Google para que se deje sin efecto la intimación formulada bajo apercibimiento de astreintes.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal RESUELVE:

a) revocar la resolución de fs. 692/693;

b) modificar la medida cautelar decretada a fs. 106/107 con el alcance precisado en el considerando 4 y

c) distribuir las costas en el orden causado, en atención a las particularidades de las cuestiones planteadas y al trámite que ha tenido el proceso cautelar (arts. 68 -segundo párrafo- y 69 del Código Procesal). Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARTÍN D. FARRELL - MARÍA SUSANA NAJURIETA - FRANCISCO DE LAS CARRERAS