



## Internet sin mirada de género: El problema de la responsabilidad de ISP

Dras. María Eugenia Orbea y Marina Benítez Demtschenko<sup>1</sup>

*Argentina avanza para legislar sobre la responsabilidad (en realidad, la irresponsabilidad) de los intermediarios de Internet. El polémico proyecto de ley en curso hacia su aprobación, no ha tenido en cuenta las voces de múltiples interesados en la salvaguarda de sus derechos digitales. Un proyecto de ley que favorece a las grandes empresas y perjudica a los colectivos puestos en situación de vulnerabilidad, entre los que las mujeres resultan las más afectadas. Otro reflejo de la desigualdad social: quien detenta el poder hegemónico en Internet, es también el sistema capitalista-patriarcal. Como ciberfeministas, nos levantamos contra esta elaboración parlamentaria que favorece siempre a los mismos. Explicamos el proyecto “Google” con perspectiva de género, a continuación.*

El miércoles 15 de noviembre de 2017 obtuvo Dictamen en las Comisiones de Justicia, Comunicaciones e Informática, y Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Cámara de Diputados de Nación, el anteproyecto de ley que prevé la responsabilidad de los intermediarios de Internet (que había recibido media sanción en el Senado a fines de 2016), entre los que incluye a proveedores de internet (Fibertel, Arnet, Speedy, etc), servicios de publicación de contenidos (Facebook, Twitter, etc), proveedores de servicios de e commerce (Mercado Libre) y proveedores de servicios de enlaces y búsqueda de contenidos (Google, Yahoo, entre otros), y que recoge parcialmente el criterio que viene sosteniendo nuestra Corte Suprema de Justicia en diversos precedentes y que desde ya adelantamos, peca de una carencia absoluta de perspectiva de género.-

No se pretende analizar toda la problemática que genera la velocidad de la información circulante por internet y cuyo debate concluyó en el dictado de este Dictamen, sino solamente partir del análisis de los casos en que a través de la red, se violan derechos como intimidad, privacidad, honor, mediante prácticas tales como difusión no consentida de material íntimo, doxing, etc. Luego, pasaremos a analizar la legislación y jurisprudencia actual y concluir con el análisis profundizado del proyecto de ley sub discussio.



El anteproyecto adolece de una opaca mirada de género, defecto en el que también incurre la jurisprudencia sobre los planteos llevados ante la justicia que hacen que las soluciones adoptadas conlleven a una revictimización de la mujer y la abstracción de los reclamos formulados.-

### Los derechos en colisión

Internet es un producto cultural y como tal no es ajeno al panorama que se nos presenta en el mundo offline. Nuestra sociedad está construida en base a un punto de vista del varón hegemónico, no siendo las demás herramientas -entre ellas internet-, sino una forma de sostener y perpetuar esta unifocalidad. Como dijo Simone de Beauvoir: “El mundo y sus representaciones son androcéntricas y sexistas, sin preguntar ni considerar al resto de las subjetividades”<sup>1</sup>. De esta manera en Internet se ha desarrollado el absolutismo más bárbaro justificado por una falsa bandera de ‘Libertad de Expresión’ sin límite alguno, aún si se vieran avasallados otros derechos personalísimos de igual jerarquía y dignos de protección como lo son la intimidad, la privacidad, el honor, la dignidad, los datos personales, la vida sin violencia, la integridad física, psíquica y sexual, etc.

Así vemos proliferar en las redes sociales y plataformas virtuales comentarios lascivos de corte discriminatorio, violento y por sobre todo de actos que resultan verdaderos atentados contra la privacidad, la intimidad y la dignidad hacia las mujeres (por ejemplo, la difusión de material audiográfico íntimo cuya publicidad no fue consentida, abusos y violaciones, todo tipo de acosos y persecuciones, etc) todos ellos con una misma característica: la irrestricción del poder hegemónico, que recae en el varón promedio privilegiado y la consecuente degradación de todes quienes se hallan bajo el ejido de poder de este género opresor, que como tal y de conformidad con el pensamiento machista, se encuentra a su disposición para la generación y satisfacción de su beneficio en cualquier manifestación que sea.-

En una gran contribución a la lucha feminista la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC), organizó el Encuentro Global sobre “Género, Sexualidad e Internet” en Port Dickson, Malasia. De dicho Encuentro surgió un valiosísimo documento con 15 Principios de una Internet Feminista. Entre ellos, se hace mención a

---

<sup>1</sup> “El segundo sexo” (“Le Deuxième Sexe”), Simone De Beauvoir. 1949.



la violencia en línea como una modalidad de la violencia de género ya harto conocida, y a la vigilancia como herramienta por defecto patriarcal para controlar y restringir los derechos de todes aquellxs puestxs en “situación de vulnerabilidad”. Con este norte la intimidad y privacidad resulta un principio medular como derecho a ejercer un total control sobre nuestros datos, información, movimientos, elecciones, como pilar sobre el que necesariamente debe apoyarse una internet segura y abierta para todas. Por último rechaza el uso del término “pornografía” para referirse indiscriminadamente a todo contenido relativo a la sexualidad de las mujeres. Este antecedente ha instalado una observación que deviene como un hito *en el reconocimiento del tejido de la web: ésta no es inocua. No es verdaderamente para todes. No es un espacio igualitario. Ni se desarrolla con contenido universal, accesible, certero y libre.* En realidad todo lo que ocurre Internet mediante, es un reflejo de lo que ocurre en la realidad física a nivel social. Por tal, debe también en el espacio digital bregarse por una auténtica lucha para que podamos ejercer nuestros derechos, y reclamar su tutela cuando resultan afectados.

Pasemos ahora analizar sólo algunos ejemplos de lo que implica para las mujeres hoy enfrentarse con una vida que también se desarrolla a través de la Internet. Podemos ver blogs enteros dedicados a la degradación de la mujer y la exposición de su intimidad cuando aquella no ha sido consentida, todo lo que claramente está desvinculada de interés público alguno. Es interesante el caso del blog “Chicas Bondi”, en el que se promocionaba bajo el impune slogan “*Sin pose, sin permiso*”, cantidad de imágenes tomadas al azar en medios de transporte públicos, de mujeres distraídas para luego elaborar entre machos, comentarios de toda índole orientados por supuesto a opinar sobre su estética, la atracción sexual o no que generaren e incluso la eventual búsqueda de su nombre y apellido para contactarlas a mansalva por medio de sus cuentas personales en otras redes sociales. Otro caso de publicaciones denigrantes hacia mujeres se puede ver con total liviandad en Facebook, donde sólo basta poner en su buscador la palabra “apoyadas” para que la red social arroje como resultado de búsqueda por lo menos 5 grupos (que por supuesto no aceptan solicitudes de mujeres) donde machos se jactan de los abusos cometidos en los distintos medios de transporte público (subte, micro, tren), y donde se multiplican los comentarios que refuerzan los estereotipos femeninos. En la misma red social surgen más de 19 grupos bajo la palabra “*Colegialas*”, en los que se distribuye material con fines eróticos de menores de edad (entre ellos



“Colegialas Argentinas”, “Colegialas Calientes XXX”, “Colegialas hot en tanguita”, “Colegialas calientes con faldita”, etc). Lo mismo sucede en otras redes como Voxed (tristemente conocida a partir del anuncio hecho por una adolescente respecto de su decisión de quitarse la vida en agosto de 2017 en la ciudad de La Plata) que cuenta con categorías tales como “gore”, “porno”, “sexy”, de contenido estrictamente violento y machista, donde la mayor parte del material subido no ha sido consentido por las mujeres allí representadas. También encontramos espacios web con secciones dedicadas exclusivamente a la exposición de material audiovisual de carácter íntimo y contenido sexual como se los visualiza en “xvideos”, “Pornhub”, “Poringa”, “Volafile”; esta última consiste en la creación de distintos “romos” anónimos o salas de chat que permiten a lxs usuarixs subir, descargar y compartir archivos, agravado por el hecho que el material allí compartido no sólo en su gran mayoría es de difusión no consentida y de corte íntimo, sino que se acompaña de una serie de datos personales de la víctima de esta infame práctica cobarde, con el fin de individualizarla inequívocamente, acto que se conoce como “doxing”.-

El hilo que enlaza todas estas manifestaciones en las distintas plataformas es un solo: la **violencia machista hacia las mujeres**, en las que además en la mayoría viene acompañado de la profusión de material íntimo o sensible obviamente sin el consentimiento de las retratadas. Y detrás de ello, sobreviene la camaradería de quienes intentan *justificar esta forma de violencia con discursos cosificantes, de disciplinamiento* e incluso en forma solapada al tratar el tema como si se tratara de algo menor, sin consecuencias. Así en dos grandes medios periodísticos, al abordarse el debate suscitado con motivo de la difusión de “Chicas Bondi”, se referían a “proyecto artístico”, “Proyectos fotográficos”, “libertad de expresión” “muestra de arte”. En ningún momento se cuestionó el avasallamiento de los derechos de intimidad, privacidad, e imagen, mucho menos hubo acto alguno por parte de los buscadores o de las redes sociales. Incluso se ha sostenido que no hay expectativa de privacidad en el ámbito público.-

Con la irrupción de internet, se han desdibujado los límites de la intimidad y privacidad. Desafiando siempre los propios argumentos defensivos para justificar algo más de esta violencia.. Sin embargo no podemos dudar que hay un doble límite para la exposición de una persona, en primer lugar su consentimiento y en caso de no mediar el mismo, que se encuentre comprometido el interés público que nada tiene que ver con el



interés *del público*, basado en un morbo sexista. Como bien sostuvo Marcela Basterra, evocando el perfil de “Big Brother” trazado por George Orwell<sup>2</sup>, el problema se presenta cuando se pretende hacer participar de esa exposición a personas que no lo han elegido; y pretenden bajo el rótulo del derecho a informar o simplemente de una simple manifestación libre, inmiscuirse en las intimidades de los demás sin el consentimiento de lxs mismxs. Cuestionar este punto es fundamental: “¿cuáles son los límites de esa intromisión?”; “¿Dónde encuentra su frontera el ejercicio de la libertad de expresión?”. La misma autora da la respuesta: “*Es necesario defender la libertad de prensa, pero no cuando a través de la misma se lesionan derechos fundamentales del individuo como el derecho a la privacidad o a la intimidad; derecho que tal como lo plantearemos en varias partes de este trabajo se encuentra en una etapa de “reformulación de sus contornos”; en razón de no haberse podido aún recuperar de los cambios producidos como consecuencia de los avances técnicos.*” Por otro lado cuando el material difundido no ha sido captado en público, se habla de libertad de expresión en términos generales, determinando que en todo caso debiera responsabilizarse a quien publicara dicho contenido.<sup>3</sup>

La libertad de expresión ha sido definida como la libertad de emitir opinión y el derecho de dar o recibir información o ideas, sin censura previa o sin injerencia de autoridades<sup>4</sup>. Pero como todo derecho no es absoluto y posee límites en pos de su equilibrio con los restantes derechos reconocidos constitucionalmente. La libertad de expresión no puede en marco alguno permitirse arrasadora de otros derechos mediante el discurso de odio, la discriminación y el sexismo. *Así lo mismo, con la idea de la libertad de contenidos en Internet.* Como todo derecho, la libertad de expresión debe ejercerse de forma razonable, ya que nuestra legislación no otorga un bill de indemnidad para el

---

<sup>2</sup> “¿Es la libertad de expresión una de las libertades preferidas en un Estado democrático?”. Marcela Basterra.- Se puede acceder al texto completo en: <http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/11/LIBERTAD-DE-PRENSA-VS.-DERECHO-A-LA-INTIMIDAD.-Soc.-cienti%CC%81fica.pdf>

<sup>3</sup> “El Espectáculo de la intimidad. La intimidad Pública.” Artículo publicado en la revista digital “EDI- ElDerechoInformatico.com”, Dra. María Eugenia Orbea, Agosto 2017.

<sup>4</sup> Jijena Leiva, Renato Javier, “Contenidos de Internet: Censura o libertad de expresión”



ejercicio abusivo de ellos. Tal es así que no hay amparo para los discursos de odio ni sexistas, ya que lo que se califica como “valor a proteger” en el reconocimiento de la libertad de expresión es el contenido del mensaje que se está transmitiendo y siempre que encuentre en él un aporte al interés público. La lesión a otros derechos nunca puede ser tomada como tal. Todo ello resulta manifiesto en los *mensajes sexistas, discriminatorios y de violencia machista* como lo son por ejemplo la difusión no consentida de material íntimo que en nada contribuyen a expresar una opinión u idea, y por ello *aquella pretendida protección debe ceder frente a los otros derechos conculcados*, esto es, privacidad, intimidad, honor, identidad, libre sexualidad, etc, porque el mensaje no cumple con los fines para los que fue concebida la libertad de expresión<sup>5</sup>. Máxime teniendo en cuenta las múltiples y graves embestidas que sufren las mujeres víctimas de tales prácticas, que resultan asimismo actos transversales ya que trascienden las meras individualidades, reforzando una cultura que ha conllevado a que hoy suframos la muerte de una compañera cada 18 horas. Es decir que los daños tienen un carácter bifronte, por lo que *a los perjuicios individuales debemos aditar los colectivos*. Ese discurso que tanto daño genera, como la perpetuación de la cultura machista, se ha proliferado a través de Internet en el marco de la impunidad.-

Si a esto contraponemos que la Web tiene una formidable capacidad de reproducir y expandir la información tanto en el tiempo como en el espacio, la libertad sin reglas deviene en libertinaje sin consecuencias.-

#### La posición de las grandes corporaciones

Frente a estos hechos y el reclamo popular los buscadores como Google y las redes sociales como Facebook -que se encuentran comprendidas en el concepto de “intermediarios de Internet”-, se limitan a alegar que no son responsables de los contenidos vertidos en el espacio digital cuya administración les compete, sino que lo son los sitios o las personas que producen o suben estos contenidos; al mismo tiempo, indican que cualquier imposición para bajar o restringir contenidos implicaría una

---

<sup>5</sup> Borda Guillermo J-Pereira (h), Carlos R, “Los buscadores en internet y la tutela precautoria de los derechos personales”, La Ley 2011-B, 27.-



censura que limita la libertad de expresión, conllevando una afectación del desarrollo de Internet por desalentar inversiones.-

Ahora cabe preguntarse: ¿esto es realmente así? En cualquier otro caso donde no estuviere Internet involucrada y en el marco de la responsabilidad de nuestra legislación cualquiera que obtuviera un rédito (traducible en lo económico) a costa de una persona o un número indeterminado de ellas sería plenamente responsable. Verbigracia una industria que arroja sus desechos químicos a un afluente de agua generando un daño ambiental severo. No encontramos posiciones encontradas en la jurisprudencia que sostengan la imposibilidad de evitar los daños, de imponer protocolos de prevención, de obligar a las industrias a dar un tratamiento a sus desperdicios. De hecho para aquellas empresas que han optado por transgredir la ley para abaratar costos, se han impuesto múltiples y severas sanciones las que son gradualmente meritadas conforme haya habido o no reincidencia, sin preguntarse si las mismas afectan el desarrollo de la industria. La que por cierto, no ha corrido riesgos en su existencia por los controles que le fueran impuestos. ¿Qué tiene de distinto internet? Creemos que poco y nada. ¿Desde cuándo una empresa no es responsable por la actividad que realiza o por el modo en que se desarrolla la misma? ¿Desde cuándo hacer responsable a una empresa debe sopesarse en función de su avance y su desarrollo? Empresas que se jactan de su pleno dominio de la información, la rapidez e inmediatez de la misma, la precisión y velocidad de sus búsquedas, como lo son las intermediarias de Internet, de repente montan argumentos judiciales defensivos invocando la imposibilidad técnica de filtrar aquellos contenidos ofensivos. Empresas que desarrollan constantemente algoritmos para múltiples fines competitivos, de repente carecen de la posibilidad de utilizarlos para detectar contenido lesivo o impropio en sus plataformas y en grupos en los que resulta palmario el discurso de odio racial y de género; tejen así elaborados y ornamentados discursos de aparente lucha que lejos están de ser reales y eficaces, como veremos líneas abajo.-

Sea cual sea la opinión personal que se tenga frente al debate aquí planteado, no se puede desconocer que las empresas referenciadas han desarrollado la forma en que operan sus plataformas, mediante la creación de algoritmos que *automatizan tanto el procesamiento de los datos como su resultado para las búsquedas, el orden de prioridad, y hasta comercializan espacios preferenciales* en sus escenarios, *privilegiando ciertos contenidos*, servicios



o aplicaciones frente a otros que no son patrocinados. Las empresas de internet lucran con lo máspreciado de una persona: sus datos. La aparente gratuidad de los servicios que usamos diariamente, no es tal. En esa utilización diaria, que hacemos desde nuestras PC o nuestros dispositivos móviles, mientras navegamos realizamos búsquedas, interactuamos en alguna publicación, ingresamos a distintas plataformas; estamos brindando en estos actos aparentemente inocuos, un cúmulo de información sobre nuestros gustos o preferencias, hábitos de consumo, geolocalización e incluso sobre nuestros contactos agendados que luego “inexplicablemente” aparecen como sugerencia de amigos en todas nuestras redes sociales. Toda esa información que entregamos voluntariamente a cambio de “servicios gratuitos”, pasa a formar parte del activo de las grandes empresas que luego venden cual “producto” con los más diversos fines, comerciales, publicitarios, políticos o de seguridad.

Este sistema es propiciado por la carencia de legislación de protección de datos personales en EEUU que permiten a las empresas capitalizar los mismos como la base de sus grandes fortunas. Los datos en el país del norte son de quien los posee, los procesa y los administra. Pero sostener esto a nivel nacional, con la profusa legislación argentina, resulta un dislate absoluto. *Sin duda, todes apoyamos el desarrollo de Internet, pero no a costa de la afectación de otros derechos.* La idea no es condenar a Internet sino hacer hincapié en su potencial para generar daños por algunos modos de su uso, de los cuales los buscadores y demás intermediarios no resultan ajenos. Tratándose de empresas que han diseñado motores de búsqueda, en base a mecanismos automatizados tanto para la recolección de URLs (“spiders”) como para el arrojamiento de resultados frente a palabras determinadas, no podemos evitar sentir que deben responder por las consecuencias que, aunque no deseadas, se derivan de sus diseños. Desconocer que a través de los buscadores, se puede acceder fácilmente a sitios que de otra manera sería casi imposible llegar en forma directa, es desconocer el funcionamiento de la red.-

#### Herramientas Legislativas actuales

La violencia de género “online” es una manifestación en Internet, de las relaciones de poder históricamente desiguales donde el género masculino es el opresor respecto del resto de los géneros –entre ellos, las mujeres-, que han sido colocados en situación de dominación por parte del primero. Así, la discriminación de las mujeres y la





interposición de obstáculos para su pleno desarrollo han conducido a un entramado social en que éstas ocupan necesariamente un espacio de subordinación. Esto es sin más, el *modelo social patriarcal*, en pos de sostener los privilegios del hombre cis, que se ha impuesto como superior, dominante, determinante, decisivo, asertivo y excluyente del resto de los géneros.-

Cierto es que a través de Internet, y en el marco de un reproducción virtual de una sociedad cada vez más violenta, todes podemos ser víctimas de ataques y violaciones a nuestros derechos personalísimos, pero la diferencia radica que en los ataques direccionados por este medio hacia las mujeres se deben específicamente a su condición de tal, y en función de estereotipos, roles, expectativas familiares y sociales, culturalmente construídos en el modelo referido supra, el patriarcal. Por ello la “condición de mujer”, exacerba estas cargas sociales impuestas sobre su imagen, su conducta, su sexualidad, y es así como el impacto de estas prácticas violentas asumen características diferenciales.-

Ahora bien: dijimos que esta forma de violencia no es más que una manifestación más de la violencia de género tradicional, que viene a sumarse a otras ya conocidas como la violencia laboral, obstétrica, entre otras.

A partir de la “Década de la Mujer” establecida por Naciones Unidas, se inscribió en la agenda internacional como prioritario el abordaje de este problema socio cultural y como tal se insta a los Estados a abordar y adoptar mecanismos de solución frente a estos casos.- En dicho marco en el año 1979 se sancionó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que fuera aprobada por Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por nuestro País mediante Ley 23.179 en el año 1985.- En el plano nacional, mediante la reforma constitucional del 1994 -capítulo cuarto, art. 75 inc22-, se estableció que los Tratados de Derechos Humanos poseen jerarquía constitucional y así pasó a integrarse nuestro marco normativo con dichas mandas supranacionales. A nivel regional no podemos dejar de mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, extensamente conocida como “Convención de Belem Do Pará”.-



En consecuencia, yendo de lo general a lo específico y frente a casos de violaciones de derechos humanos de las mujeres, hoy contamos con todo un cúmulo normativo internacional que protegen estos derechos en jaque y que por su jerarquía constitucional deben ser tenidos en cuenta al momento de analizar esta problemática. Para más detalle, nos asisten con plena vigencia:

- La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica);
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- La Declaración Universal de Derechos Humanos;
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;
- La Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio;
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- La Convención sobre los Derechos del Niño;
- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- La Convención de Belem Do Pará y su Protocolo Facultativo.

Por otro lado, entra en juego la legislación nacional, entre la que podemos mencionar el Código Penal, la ley de Protección de Datos Personales N° 25.326, la ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual, el Código Civil y Comercial de la Nación y la nunca citada en estos casos Ley de Defensa del Consumidor. Específicamente en nuestra materia, contamos con la ley N° 26.845 de marzo de 2009, de Protección Integral para



prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra las mujeres, y la ley Nº 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar y su decreto reglamentario. En el estrato provincial, en Buenos Aires encontramos la ley 12.569/01, sus modificatorias y decreto reglamentario 2875/05.-

Cabe preguntarse qué tiene Internet que logra evadir toda aplicación de esta normativa. Frente a cualquier banco de datos resulta indiscutible la posibilidad de recurrir a un habeas data para acceder a la información que poseen sobre nuestra persona, el derecho de rectificación en caso de error o el derecho de cancelación respecto de un dato concreto; frente a cualquier banco de datos, menos Internet.-

A modo de repaso para entender de qué estamos hablando. Nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación prevé una función preventiva para evitar el daño (art. 1710). Esta flamante incorporación a nuestra normativa fondal clarifica y reafirma lo que de por sí resulta sabido por todes: la manera más eficaz de tratar un daño es que el mismo, no se produzca. Es dable remarcar que las concepciones decimonónicas fueron las que guiaron la brillante obra de Vélez Sarsfield, quien diseñó en consecuencia todo el andamiaje legal que diera sustenta a la reparación de los daños. Sin embargo, y no obstante ser un código de avanzada para la época en que fue redactado, con el tiempo demostró su vetustez al extremo que en el año 2015 se sancionó un nuevo cuerpo, enteramente reformado. El mismo en grandes líneas, considera diversas situaciones en las que la reparación del daño es utópica, ya que no logra volver las cosas al estado anterior a la generación del mismo; por ello deviene sin ambages la trascendencia de anticiparse al daño. En esta senda se encuentra la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos caratulados "[Martínez, Sergio vs. Agua Rica LLC Sucursal Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y Otros s/Acción de Amparo](#)", de fecha 2 de Marzo de 2016, donde se sostiene que en casos de medio ambiente, resulta claro que *"...tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro..."*<sup>6</sup>

Transportado al ámbito digital, no podemos soslayar que los daños causados a través de las herramientas tecnológicas -en razón de la inocuidad de su pretensa reparación posterior-, gozan de las mismas características que los daños ambientales y

<sup>6</sup> (Fallos: 329:2316) CSJ 1314/2012 (48-M) / CS1, Recurso de Hecho, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos caratulados "Martínez, Sergio vs. Agua Rica LLC Sucursal"



por tal merecen la tutela preventiva establecida en nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, *minimizando la producción de daños e incentivando la precaución en los comportamientos sociales.* - Sin dudas, esta función debiera ser la que guiara las soluciones cuando hablamos de daños generados o potenciados a través de las TIC.

¿Cuánto vale la imagen de una mujer? Qué precio le asignamos a un proyecto de vida destruido? ¿Qué valor tiene la palmaria violación a la intimidad de una mujer? ¿Qué precio le ponemos al sentir de la víctima por el estigma social que portará a lo largo de toda su vida? ¿Qué monto indemnizatorio debe abonarse a raíz del linchamiento de su honor e identidad digital teniendo en cuenta que en la actualidad en los procesos de selección de personal y scouting de potenciales empleadorxs recurren cada vez más a internet? Todos estos cuestionamientos con sus dificultades teóricas y prácticas son las que se han debido enfrentar abogadxs y magistradxs en sus planteos judiciales frente a las violaciones diarias ocurridas en Internet. Ello con el agravante de las mentes acartonadas que caracterizan una justicia sin rigor ni formación alguna en cuestiones de género y mucho menos en tecnología, imponen como necesidad imperiosa que los esfuerzos legislativos se orienten -tal como sucede en materia de daño ambiental (de imposible reparación)-, hacia la búsqueda de mecanismos de anticipación del daño.-

En esta dirección, se direcciona lo normado por el art 1710 que establece que “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;”

De estos dos últimos incisos se desprende que el deber de prevención puede encontrarse no sólo en cabeza del autor del daño sino también de la propia víctima y hasta de unx tercerx.-

En esta sintonía prevé una acción preventiva en su art. 1711 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. En este marco se encuentran inscriptas las medidas autosatisfactivas y las tutelas anticipadas previstas en los ordenamientos procesales.-

Como veremos más adelante el proyecto de ley sobre responsabilidad de los buscadores, hace caso omiso a las directivas de nuestra legislación y al principio histórico de nuestro ordenamiento: *el alterum non laedere*, con el agravante de pretender crear una nueva figura procesal para la canalización de las peticiones, completamente innecesaria por ya contar con herramientas de resolución expedita (aunque en la práctica no funcionen como tal).-

La caracterización de la violencia hacia las mujeres en Internet tiene sus peculiaridades y entre ellas, que los responsables o incitadores no son de fácil identificación, cosa que no ocurre en la patentización de estas conductas por medios tradicionales y el agresor o los agresores son individualizables; este último marco propicia la activación legal en casi todos los casos -salvando la de protección contra la violencia hacia la mujer que (a excepción de los fueros especializados) es ignorada por la justicia-. Ahora cuando estas prácticas se materializan a través de las TIC pareciera que todos los conceptos vigentes resultaren inaplicables: a la muchas veces dificultosa determinación del autor del hecho, se le suma la involucración de un cúmulo de actores entre los que encontramos a las distintas plataformas virtuales y buscadores. Entonces para intentar arribar a una solución justa, la pregunta que debiéramos hacernos es la siguiente: *¿hacemos recaer las consecuencias del hecho dañoso sobre la víctima – quien correrá con la parte más pesada del embate en pos de la protección de sus derechos-, o sobre los buscadores que por el diseño de sus motores de búsqueda no sólo han facilitado la generación del daño sino que lo han potenciado a niveles inimaginables?*

Frente a la lucha encarnizada que deben afrontar las mujeres víctimas de la violencia de género digital, no pocos han sido los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales de resolver sus posiciones encontradas, respecto de este debate aún irresuelto a pesar de la media sanción de la llamada “Ley Google” por parte del Senado y de haber obtenido Dictamen de las Comisiones de Diputados de Nación. Su denominación en tal sentido indica la conceptualización de la misma como un retroceso



en las igualmente escasas soluciones pretoriamente creadas por nuestra Corte de Justicia.-

### Distintas posturas en la doctrina argentina

Respecto de la responsabilidad de los intermediarios de Internet, se esbozan 3 posturas:

1.- Dentro del primer grupo encontramos a quienes sostienen la no responsabilidad de los intermediarios por el material subido por tercerxs. Los fundamentos son: a) no son productores de contenido sino meros intermediarios entre usuarixs; b) una actividad desarrollada dentro del ejercicio de la libertad de expresión, tal como lo establece la ley 26.032; c) la imposibilidad fáctica de supervisar toda la información que circula por sus servidores ya que la exploración de sus spiders es automática y permanente, lo que imposibilita el control preventivo de los contenidos indexados; d) la idea del “control de sus contenidos” como un desaliento a inversiones en el ámbito lo que conllevaría a la destrucción de internet y con ello la inviabilidad de la libre circulación de ideas e información en la red.-

Estos argumentos parten de una contradicción palmaria, que se ha puesto en evidencia en el último tiempo a partir de las medidas adoptadas por las distintas empresas frente a las presiones ejercidas por la opinión pública y determinados países que les imponen reglas para retirar contenido ilegal y eliminar los discursos de odio: la imposibilidad de controlar la totalidad de contenidos que circulan por sus plataformas o que indexan, no es tal debido a la implementación de precisos algoritmos que podemos observar por ejemplo en la censura de pezones (uno de los motivos emblemáticos de discusión más actual). Un intermediario como la red social Facebook - donde se han hecho manifiestas la mayor cantidad de denuncias por censura en este aspecto, por ende- considera los desnudos y “actitud sexual” como ‘prohibidos’ sólo cuando se trata de activistas en defensa de sus derechos, pues los discursos de odio y las páginas al servicio de la misoginia continúan proliferándose en su plataforma.

Sin ir más lejos esta semana Facebook, Google y Twitter lanzaron como noticia - frente a la ley dictada en Alemania- que contratarán revisores para eliminar los discursos de odio volcados bajo su órbita. También se anunció la habilitación de una



nueva aplicación de reconocimiento facial basada en inteligencia artificial, que pretende contribuir al cese de los perfiles apócrifos y los acosos virtuales, avisando a les usuaries cuando alguien ha publicado una foto suya sin etiquetarlx. Todo ello, denota que las empresas que hoy por hoy monopolizan los datos personales de les internautas, cuentan con los medios técnicos necesarios para impedir los lamentables hechos dañosos que hoy se reproducen como reguero de pólvora en sus plataformas. A pesar de ello, la plataforma en cuestión es quien dará la última palabra al damnificadx, sin perjuicio de la violación al derecho a la imagen que igualmente se cristalice. En conclusión no es más que un placebo lanzado desde la empresa frente a la efervescencia popular, una verdadera cortina de humo.-

En el mismo sentido, contradice los argumentos supra referenciados la actitud asumida por Youtube, quien a través de su CEO informó que además de algoritmos prevén para el 2018 la contratación de un grupo de 10.000 personas para monitorear videos inapropiados en la plataforma “Youtube Kids”.-

Por último podemos citar el caso de Yahoo, que fue obligado por un juez francés a bloquear contenidos de carácter nazi y racista a los usuarios de Francia. Lo que demostró que Yahoo contaba con las herramientas necesarias para situar publicidad diferenciada para usuarixs de distintos países, como para bloquear el acceso de la mayoría de lxs franceses a un contenido en particular a partir de las direcciones IP y los datos de les usuaries.-

Frente a esto se da respuesta en los hechos, de la aducida “imposibilidad técnica” de eliminar contenido manifiestamente dañoso o denunciado como tal; la realidad es que la causa que subyace a su renuencia es el impacto económico que les genera esta postura, de saldo desfavorable. -

2.- En el segundo grupo encontramos a quienes reconocen la responsabilidad de los intermediarios, que se diversifica en dos corrientes doctrinarias: a) quienes se enrolan en un factor de atribución objetivo; b) quienes consideran que el factor de atribución aplicable es el de la culpa o dolo. - Explicaremos ambas:

a.- Responsabilidad objetiva: Esta corriente afirma que los intermediarios de Internet siempre son responsables ante el *incumplimiento del deber de controlar los contenidos*



de sus sitios, parangonando la actividad informática como una cosa riesgosa (art. 1757 del Código Civil argentino) y porque son las empresas las que han diseñado el sistema de búsqueda, la automatización mediante la elaboración de algoritmos, el software e infraestructura que les permite brindar el servicio y obtener beneficios. Que ello a su vez, debe ir de la mano con el avance de la tecnología el control y prevención de los daños que provoca. Esta línea de pensamiento fue expuesta por el amicus curiae Horacio Roberto Granero<sup>7</sup>, Presidente de Alta Tecnología del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en la audiencia pública llevada a cabo con motivo del dictado del fallo Belén Rodríguez por parte de la Corte.-

En este orden, lxs sostenedores de la postura afirman que la actividad desarrollada por los buscadores es de naturaleza riesgosa, con prescindencia de cualquier apreciación subjetiva: *las características en que brindan el servicio incrementan los riesgos de perjuicios a tercerxs*. Ello debido a que al recabar sitios web sin control alguno y luego arrojarlos dentro de los resultados que se ajustan a los parámetros de búsqueda ingresados por le usuarie, la posibilidad de masificación de ingresos a un espacio digital que aloje contenido ilícito -a la que pocxs podrían acceder directamente sin dicha intermediación-, resulta monumental. En consecuencia, y como lo afirma Borda<sup>8</sup> se sostiene que *quienes indexan contenidos, publicitan y dan accesibilidad ilimitada extraordinaria, deben responder por la masividad del daño por ellos facilitada*, lo que no puede escapar a su conocimiento como especialistas en la materia y por ser la difusión ilimitada la característica sobre la que han basado sus sistemas<sup>9</sup>. Mas allá de la automatización de los procesos lo cierto es que originariamente los algoritmos que han permitido ello, han sido creados por seres humanos.-

b.- La responsabilidad subjetiva: Sostiene esta postura, la responsabilidad de los intermediarios en caso de ilicitud manifiesta o que hayan sido advertidos de la ilicitud

---

<sup>7</sup> El Dial, DC1CE8 11/6/14.-

<sup>8</sup> Borda, Guillermo “La responsabilidad de los buscadores en Internet por la vinculación de las personas a través de páginas con contenido sexual” DyF, 237, (enero 2011).-

<sup>9</sup> Vasquez Ferreyra Roberto “Responsabilidad por difusión de noticias falsas o inexactas, en la Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro Goldenberg, Albeledo Perrot 1196, BS As, pg. 652.-





del contenido y no hubieran arbitrado los medios para evitar que sea incluido en su sitio o desindexado.- Encontramos dos vertientes doctrinarias: a) quienes consideran suficiente una notificación extrajudicial (Fernandez Delpech<sup>10</sup>, Vibes Federico<sup>11</sup>, Galdós Jorge<sup>12</sup>, Sydiaha Alejandro<sup>13</sup>, Peñalba Pintos<sup>14</sup>) y b) quienes sostienen que dicha comunicación debe emanar de un juez competente (entre quienes encontramos a autores como Vaninetti<sup>15</sup>, Lomaquiz<sup>16</sup> y Gini<sup>17</sup>).- Esta última es la postura mayoritaria y es la cristalizada por nuestra Corte nacional desde el caso Belén Rodríguez (Octubre de 2014)<sup>18</sup>, que parte de la base de la imposibilidad de los intermediarios de eliminar o bloquear contenidos dado el intenso tráfico de información que manejan y por otro lado se fundamenta en que -en los casos de ilicitud manifiesta- sería riesgoso poner en cabeza de estos el poder de censurar contenidos y determinar qué es lícito y qué no.-

#### Análisis del estado jurisprudencial en Argentina.-

En la oportunidad precitada, la Corte nacional sostuvo la improcedencia de responsabilizar a los buscadores por contenidos creados por tercerxs, cuando no hubieran previamente sido anoticiados del contenido lesivo y especificado por lx damnificadxs -mediante la individualización de las URLs donde se encontrare subido

<sup>10</sup> Fernandez Delpech, "Internet. SU problemática Jurídica", Lexis Nexis, 2004

<sup>11</sup> Vibes Federico, "Los intermediarios de Internet y le deber de reparación en infracciones al derecho de autor", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2012-III, 22.-

<sup>12</sup> Galdós Jorge "Responsabilidad civil de los proveedores de servicios de Internet", La Ley (2001-D-953)

<sup>13</sup> Sydiaha Alejandro, "La responsabilidad civil de los buscadores de internet", DJ 29/12/2010

<sup>14</sup> Peñalba Pinto Gonzalo, "Responsabilidad por Injurias vertidas en Internet". La Ley NOA 2004, 11.-

<sup>15</sup> Vaninetti Gustavo y Vaninetti Hugo, "Responsabilidad de los buscadores y libertad de expresión", La Ley (2014-A-120).-

<sup>16</sup> Lomaquiz Santiago Eraso, "Responsabilidad de los buscadores de Internet", elDial.com - DC1811.-

<sup>17</sup> Gini, "Internet, Buscadores de sitios web y libertad de expresión".- La Ley, Sup Act 23/10/2008

<sup>18</sup> R.522.XLIX - "Rodriguez Maria Belen c/ Google Inc s/ daños y perjuicios". CSJN 28/10/2014



dicho material-. Adscribe de esta manera a la postura que sostiene la *responsabilidad subjetiva de los buscadores*. Asimismo desestimó la existencia de un deber de controlar y vigilar contenidos por parte de estos. Ahora bien, paralelamente se discriminó el procedimiento por el cual ese anoticiamiento a los buscadores debía concretarse, según sea “contenido manifiestamente ilícito” (indicando para ello la mera notificación privada) o no (para estos, estableció la necesidad de una notificación judicial).

Se determinó consecuentemente como contenido “manifiestamente ilícito”, los siguientes casos: los de pornografía infantil; la provisión de datos que faciliten o instruyan la comisión de delitos; que pusieran en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas; los que constituyeran apologías del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia; contenidos que desbarataran o advirtieran acerca de investigaciones judiciales en curso -debiendo ser secretas-; contenidos que importen lesiones contumeliosas al honor; montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados -aunque no sean necesariamente de contenido sexual-.-

Frente a este precedente surgen varios interrogantes: en primer lugar, si los supuestos brindados por nuestra Corte resultan un listado taxativo o meramente ejemplificativo y en segundo lugar -y notando que resultan conceptos demasiados amplios-, qué ocurre con las diversas interpretaciones sobre cada caso sometido a arbitrio. Nuestra Justicia, machista como es, deviene un problema en este último aspecto: sólo por citar un ejemplo, pensar que consideraría aun caso de “doxing” donde la víctima es mujer, como un supuesto de “facilitación de la comisión de delitos”, resulta imposible. Tampoco podría esbozar una resolución judicial en torno a un caso de difusión no consentida de material íntimo de una mujer, como uno en el que la seguridad física de la víctima estuviese en peligro. La única referencia al supuesto de “seguridad física” también resulta acotada, cuando la integridad psíquica es un bien igualmente tutelado y de mayor impacto en casos de violencia de género digital. Los supuestos de “discriminación”, deberían comprender los discursos de violencia de género, cosa que tampoco parece viable atento la Justicia carece de una visión con perspectiva de género en casi todas sus instancias. No resulta claro qué implicaría tampoco una “lesión contumeliosa al honor”, teniendo en cuenta precedentes de nuestra



misma justicia que han sostenido que la divulgación de una imagen puede ser lesiva del honor de una mujer, pero una promoción comercial de sí misma, para otra. Así operan los criterios judiciales cuando evaden la aplicación de la perspectiva de género al estudio y resolución de los casos en la afectación de derechos personalísimos de mujeres, cometidos en el ámbito digital: la tutela es casi nula. Los criterios establecidos en los Pactos Internacionales se desvanecen cuando la mirada machista juzga. Las mujeres no obtienen un tratamiento diferencial de su situación ya que no se reconoce que las consecuencias de casi todos los actos lesivos, son diametralmente peores que cuando lo mismo ocurre al género dominante, que encuentra otro tipo de respuestas, menos riesgos en todo aspecto y mayor solidaridad en la comunidad entera.

En septiembre del año 2017, la Corte con nueva composición ratificó la línea esgrimida en el fallo Belén Rodríguez en un nuevo precedente, el caso “Gimbutas”<sup>19</sup>, aclarando que el “efectivo conocimiento” por parte de los buscadores no necesariamente debe provenir de una autoridad judicial o administrativa, bastando el mero anoticiamiento por parte de la víctima, recogiendo lo que se ha dado en llamar el “habeas datas internet”<sup>20</sup>.-

Lo contrario sin embargo es lo que prevé el proyecto de ley “Google”, que pone en cabeza de la víctima la carga *no solo de notificar fehacientemente al buscador* como puerta para alegar su responsabilidad, sino que debe incoar un amparo ante la justicia federal a los fines de lograr la bajada del contenido, admitiendo únicamente como notificación fehaciente esta vía, ordenada así por un juez. Un claro retroceso respecto de lo que venía sosteniendo la Corte, que de por sí ya era bastante pobre e ineficaz pues este procedimiento no ha logrado resolver el problema de fondo: el desoimiento a las víctimas y la negación a la aplicación de las leyes contra la violencia hacia la mujer supra reseñadas, cuyas directivas debieran regir la totalidad de los criterios judiciales al momento de resolver temas donde se encuentran comprometidos los derechos a la intimidad, privacidad, sexualidad, salud, vida de las mujeres.

---

<sup>19</sup> Civ40500/2009/CS1 – “Gimbutas Carolina Valeria c/Google Inc. s/daños y perjuicios”, de fecha 12 de septiembre de 2017.

<sup>20</sup> Gil Dominguez, “La Corte Suprema de Justicia y el nacimiento jurisprudencial del hábeas internet”, Jurisprudencia Argentina, 19 de noviembre de 2014



Pues desconoce los daños inconmensurables que sufre una víctima cuando es mujer en este tipo de exposición a través de Internet, en una época en la que la velocidad de divulgación de la misma torna mínima e insuficiente cualquier reparación ulterior. Por otro lado, el hecho de obligarla a litigar durante años incrementa los daños exponencialmente y torna al mismo proceso como abstracto, porque precisamente lo que se busca es reparar el daño al honor, a la imagen, a la intimidad, que luego de un lapso sostenido en el tiempo como lo supone cualquier litigio judicial, - y aún en una eventual condena al buscador a remover la URLs con contenido sub discussio-, el daño ya sería incomensurable. Además -y consecuencia de la falta de aplicación de un derecho preventivo-, obliga a la víctima a hacer un seguimiento diario a modo de patrullaje sobre su identidad digital para recabar todos los sitios donde se encuentre subido el material lesivo.

Por otro lado en rigor de verdad, no sólo falla la justicia sino lxs propixs abogadxs en sus planteos ante la misma. Llama la atención la gran cantidad de demandas instauradas contra Google y Yahoo como si fueran los únicos buscadores existentes en la red. Lo dicho, allende que la demanda a estos gigantes tampoco viene a resolver la cuestión de fondo porque mas allá que nuestra Corte ha denegado el pedido genérico de bloquear toda remisión a los sitios web de contenido pornográfico donde se exhiben fotos de famosas (por citar algunos ejemplos más resonantes), lo cierto es que aun frente a la determinación de los enlaces y logrando el bloqueo de dichas URLs, el alcance de las sentencias son estrictamente territoriales; esto redundo en que el contenido continuará indexado para cualquier usuarié del resto del mundo. Es decir, bastará a quien intente franquear ese bloqueo, acceder a dicha información a través de buscadores de otro país. Otro flanco débil de los planteos efectuados es que si bien se pide la desindexación del contenido, casi nunca se reclama la baja del sitio considerado nocivo o ilícito, o la supresión del contenido de un sitio web. Por tal, incluso obteniendo la condena de las grandes corporaciones, lo cierto es que el material subsistirá alojado en la red, con la potencialidad de que se reproduzca por otros medios como lo es el correo electrónico, los blogs, los chats privados, los servicios de mensajería instantánea, etc a los que les usuaries acceden de modo directo.

Por último, la propuesta parlamentaria de una instancia judicial como único camino para el cese de la lesión a derechos personalísimos en Internet de la víctima, es



sin dudas la gran manifestación de falta de perspectiva de género; “la gran carencia de este proyecto, como de casi todos los proyectos de ley”, como denunciarnos constantemente desde la Fundación Activismo Feminista Digital. El acceso a la Justicia ha sido instalado desde siempre no como un derecho –tal y como lo dicta nuestra Constitución nacional- sino como un privilegio de unxs pocxs debido no sólo al alto costo económico que supone (tanto en cuestión de honorarios de abogadxs, tasas y contribuciones obligatorias y demás costas de todo proceso judicial) sino también al tiempo, conocimiento de los propios derechos (información) y por sobre todo, a la posibilidad de acogida efectiva del reclamo frente al injusto. El acceso a la Justicia es un idilio cultural que gran parte de la sociedad no alcanza: las mujeres y grupos puestos en situación de vulnerabilidad son lxs más afectadxs. En otra ocasión hablaremos de esta realidad que parece desconocerse en proyectos de ley como el sub examine, y de la real discriminación (y patentización, por ende de la desigualdad de oportunidades entre los distintos colectivos), que se vive por fuera de la visión de lxs poderosxs, las grandes ciudades y todx aquellx con medios económicos suficientes para afrontar judiciales como las que en el caso se plantean. Reconocer el acceso a la Justicia como un privilegio es reconocer que sólo una pequeña parte de la comunidad lesionada en sus derechos podrá activar el mecanismo estatal en función del resguardo de sus derechos. El resto quedará a la vera de la tutela judicial. Lo cual deviene necesariamente en una absoluta falta de respuesta frente a cualquier embate que padezca en Internet.

Por lo demás, parecería subyacer una visión mercantilista en los planteos judiciales ensayados, que solo pretenden una reparación económica sin intentar la solución del problema de fondo; todo ello con en una carencia absoluta de visión de género y en una total indiferencia frente al sentir de la víctima expuesta en Internet. Bastaría colocarnos en la piel de una víctima de estos ilícitos informáticos, para acordar que sería deseable un derecho preventivo antes que uno reparatorio insuficiente. Muchos planteos judiciales y sentencias han puesto el foco en aquellos ámbitos en que se pueden encontrar comprometidos derechos patrimoniales, desdeñando los multiperjuicios que se generan a través de internet a los derechos personalísimos y mucho menos aún se ha puesto la atención en quienes resultan mayormente vulneradas, como son las mujeres. Por lo que dichos argumentos resultan insuficientes, y parcializados, pues sólo abordan un aspecto (el económico) sin analizar el entramado



fáctico jurídico que subyace a la gran mayoría de los casos. Ciertamente los discursos se orientan a donde lo dirige el lobby y los grupos de poder, así determinados por la cultura.

*El dar con el proveedor del contenido generaría conciencia social en cuanto a los límites a que debe sujetarse en el manejo de Internet, y se deje de considerar a la misma como un espacio de impunidad.*

### Análisis del Proyecto de Ley “Google”

Haremos hincapié en los puntos débiles o errados que con preocupación reconocemos, los que debieran ser tenidos en cuenta inexorablemente para que la legislación se adecúe a las necesidades reales de usuarixs afectadxs en sus derechos, frente a contenido lesivo vertido en Internet:

- a) El proyecto de ley define a “los intermediarios de Internet” como aquellos que proveen una plataforma tecnológica para que otrxs usuarixs intercambien información e incluye a los proveedores de Internet (Fibertel, Arnet, Speedy, Telecentro, etc), de servicios de publicación de contenidos (Facebook, por ejemplo), proveedores de servicios de comercio electrónico (Mercado Libre) y proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos (Google) sin realizar diferencia alguna entre los mismos. Esto acarrea dificultades prácticas y técnicas ya que la actividad de cada uno de ellos resulta diferente y por lo tanto las responsabilidades resultan diversas.- Sólo por citar un ejemplo si bien podemos analizar las similitudes existentes entre los buscadores y las redes sociales, la nota diferencial está en que en el caso de las redes sociales hay un contrato previo entre la red social y le usuarié que sube el material, quien antes de poder desarrollar su actividad en la plataforma tuvo que aceptar los términos y condiciones que aquella le ha impuesto. No sucede lo mismo en un motor de búsqueda.
- b) En su art. 1, plasma como su objeto la intención de lograr una equilibrada protección de la libertad de expresión con los derechos al honor, intimidad e imagen, pero el resultado de sus previsiones redundando en una total desprotección de la víctima y el procedimiento establecido en su letra es absolutamente



ineficaz para el objetivo esperado. Se ha expuesto supra el fundamento que la Fundación sostiene al respecto.-

- c) Conforme se desprende de su art. 2, regula los ISP (“Internet Service Providers”) que presten únicamente servicios en Argentina, quedando obviamente excluidos en razón del principio de territorialidad de la ley, todo otro ISP de cualquier parte del mundo, del que cualquier usuario sin demasiados conocimientos puede valerse para acceder a los contenidos que hubieran sido bloqueados en Argentina. Esto lo hace nuevamente una herramienta legal poco eficaz a los efectos que se requirieron.-
- d) No se expide sobre los derechos de propiedad intelectual. Este punto ha originado los debates más encendidos por quienes resultan damnificados en la pretensa sanción de la ley, y aún así se optó por la exclusión intencional de la previsión. Múltiples organizaciones interesadas en la salvaguarda de los derechos (por ejemplo, la Cámara Argentina del Libro) quedaron fuera de los debates en comisión.
- e) Ninguno de los debates generados, diálogos y recursos puestos en la elaboración del anteproyecto apuntó a los derechos personalísimos los que mas allá de su mención expresa en los fundamentos del documento, no alcanza a protegerlos siquiera someramente, abordando únicamente la cuestión de una reparación ulterior que cualquier sea, será ínfima respecto del daño metástico ocasionado. La jurisprudencia ha tenido un criterio rígido de protección de la propiedad intelectual, a diferencia de los derechos personalísimos principalmente cuando los conculcados corresponden a los derechos de colectivos puestos en situación de vulnerabilidad. Cuenta de ello dan los precedentes habidos en los que se ha llegado a condenar plataformas como Taringa<sup>21</sup>, Napster, The Pirate Bay, entre otros, incluso endilgándole responsabilidad penal considerando a sus directivos como partícipes necesarios del delito de descargar y compartir material en infracción a los derechos de autor. Frente a los derechos económicos, la protección de los derechos personalísimos sigue siendo una materia pendiente

---

<sup>21</sup> “www.taringa.net y otro s/ procesamiento”, interlocutoria, Sala VI, Juzgado Correccional 44, Causa 41.181, Cámara Nacional Criminal y Correccional. 29/04/2011



para nuestra justicia machista, que en el caso de difusión no consentida de imágenes íntimas ha llegado al irrisorio extremo de sostener que si la víctima consintió la publicación de su imagen utilizando medios de transmisión de datos en internet -y conociendo sus posibles consecuencias-, carecía de derecho a reclamar luego por su publicación en otra plataforma, o su publicación con fines diversos a los originarios; cabía entonces entender la extensión de su consentimiento. Esto resulta uno de los más peligrosos fundamentos esgrimidos, máxime teniendo en cuenta que proviene de uno de los últimos fallos de la Corte, Gimbutas, mas precisamente del voto de Rosenkrantz. En Europa, y conforme el modelo que nuestro país tomará en la elaboración de la nueva ley de Datos Personales, el consentimiento debe ser expreso siempre en cuestión de vuelco y tratamiento de datos personales<sup>22</sup>. Este criterio es sostenido por la minoría jurisprudencial en nuestro país, con criterio razonable: *para la utilización de imágenes de las personas los motores de búsqueda deben contar con el consentimiento expreso y directo de las personas para poder captar o difundir las imágenes alojadas en un sitio de Internet.-*

- f) Omite un protocolo para el bloqueo rápido de los contenidos que dice manifiestamente lesivos. Quita de esta forma toda entidad a la notificación a través de los medios predispuestos por las mismas plataformas que pudiera llegar a efectuar la víctima, lo que resulta de medular importancia atento la velocidad de viralización de los contenidos y cuyo freno requiere de una acción inmediata absolutamente ajena a los plazos judiciales. Este ha sido uno de los puntos neurálgicos debatidos tanto en doctrina como en jurisprudencia y una gran oportunidad que nuestrxs legisladores no han sabido capitalizar. Una solución viable sería establecer un sistema como el conocido y ya utilizado a nivel mundial “Notice & Take down” (“Anoticiamiento y Baja”), como arbitrio frente a lxs damnificados de un canal de comunicación serio, para lo cual se podrían establecer requisitos como la identificación de la persona afectada, del material sub discussio y una declaración jurada. De esta manera se evitaría la propagación del ilícito y sus consecuencias arrasadoras, los costos económicos

---

<sup>22</sup> Reglamento General de Protección de Datos – UE 2016/679





coyunturales y la descompresión de reclamos judiciales. Ello, volvemos, para hacer foco en la realidad de nuestro país y en consonancia con un “acceso a la justicia” que no es tal.

- g) En su art. 4, sienta las bases de la responsabilidad subjetiva de los intermediarios siempre que medie un incumplimiento de su parte frente a una orden judicial. Como ya se anticipara, para determinar la responsabilidad de cualquier persona física o jurídica que incumpla una orden judicial no resulta necesario una ley que así lo establezca, por lo que peca de sobreabundante.
- h) En su art. 5, haciendo mecha de los argumentos esgrimidos por las grandes empresas, exime a los intermediarios de la obligación de supervisar los contenidos que se trafican en sus plataformas a fin de evitar futuras infracciones, soslayando por completo en consecuencia legislar en concordancia con el deber genérico de no dañar (Artículo 1710, Código Civil Argentino).
- i) Su art. 6 es tal vez el más cuestionable; establece que la víctima debe iniciar un proceso judicial ante la justicia federal con el objeto de lograr el debido resguardo de sus derechos conculcados, debiendo además indicar en su acción los enlaces donde se encuentre alojado el contenido sub discussio. Ya hemos formulado las observaciones en este aspecto, porque entendemos plenamente la realidad que atraviesa la víctima en el medio de su ruta crítica, a diferencia de lxs legisladorxs que además, parecen desconocer la velocidad con que circula la información en la red. El comportamiento viral que tiene la información en la Internet hace que resulte incontrolable su expansión tanto en el tiempo como en el espacio en sólo cuestión de horas, por lo que obligar a instar una acción judicial, la coloca en una situación de total doble victimización. Ni hablar si el contenido lesivo refiriera a su intimidad sexual, por ejemplo. No debemos perder de vista el efecto masificador que poseen los contenidos dañinos indexados por los grandes buscadores. Sin la existencia de estos buscadores el conocimiento a acceso directo a ciertos sitios web o blogs personales resulta mínimo. La gran mayoría de las búsquedas e interacciones se efectiviza a partir de los buscadores e intermediarios. Si bien el daño originario lo causa el proveedor de dicho



contenido, los buscadores facilitan su divulgación y potencia su efecto dañoso a niveles devastadores.

Por último en referencia a la última parte del primer párrafo de este artículo, ya sostuvimos antes que relevar a los intermediarios de controlar las futuras infracciones y colocar en cabeza de la propia víctima el patrullaje cibernético de su identidad digital, implica transpolar el eje de responsabilidades que se erige sobre cada una de las partes, invirtiendo lo que indica la contradicción con una lógica jurídica y protectoria evidente.

- j) El art. 7 establece la autorregulación de los intermediarios; esta cláusula nada aporta al entramado diseñado porque deja sujeto a la voluntad de los mismos la adopción de mecanismos de denuncias para aquellos contenidos que trasgreden sus términos y condiciones, pero *no insta* a los mismos a adoptar un *comportamiento de responsabilidad social*, dejando expresamente aclarado que cualquier notificación que se cursara de esta manera no resulta “notificación fehaciente”, siendo la única válida la orden judicial.-

### CONCLUSIONES.

Sin duda alguna se impone la necesidad de adoptar una previsión legal conforme el ya instalado recorrido internacional; la solución jurídica óptima, para la difusión de información ilícita a través de internet, debería acordarse mediante Convenios o Tratados Internacionales para evitar prácticas de censura o atentados locales a la libertad de expresión, teniendo en cuenta además que lo que en algunas naciones resulta delito, en otras no lo es. El único instrumento supranacional con el que contamos en este tenor y a la actualidad, es el Convenio de Budapest<sup>23</sup>, al que recientemente ha adherido nuestro país, con reservas. Sin perjuicio de este interesante avance, no resuelve el problema de la agresión a los derechos personalísimos a través de medios informáticos por cuanto solo abarca a los delitos tipificados en la ley 26.388 (modificatoria del Código Penal, de “Delitos Informáticos”).-

<sup>23</sup>[http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=PE&nro\\_comision=&tipo=PL&numexp=40/17&tConsulta=5](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=PE&nro_comision=&tipo=PL&numexp=40/17&tConsulta=5)



Asimismo debieran coordinarse políticas de cooperación con las grandes plataformas de redes sociales y buscadores a través del ejercicio de ciertos mecanismos de protección. Ello en función de la mayor capacidad técnica revelada por el sector de los ISP para prevenir cualquier hecho criminal o de contenido ilícito o dañoso que en la práctica resulta más funcional que el que pudiera derivar de las actuaciones judiciales, que además sólo van tras las consecuencias de los hechos ya consumados.

Para ello, se debe imponer en nuestra legislación, una ejemplar *obligación de comportamiento ético y responsabilidad civil y penal* para evitar que en sus facultades de controlar el contenido medien excesos que afecten la neutralidad en la red (lo que hoy se ve más que complicado por haber sido ya arrasada a partir de la decisión adoptada por EEUU, y de lo que en otra oportunidad nos expediremos en profundidad).-

Desde **Fundación Activismo Feminista Digital**, proponemos medidas legislativas de avanzada y que resulten eficaces en la colisión de derechos que se pretende balancear. Una de ellas es establecer la obligación a quien solicita la baja del contenido, de instar la acción judicial en un plazo perentorio. Otra, y en la que adscribimos unánimemente en el seno de nuestra organización, es que a *la acción judicial la instara quien considera que su contenido ha sido ilegítimamente suspendido o dado de baja, a consecuencia de unx damnificadx que hubiera petitionado dicha acción al ISP*, y de un ISP que hubiera respondido frente a dicho anoticiamiento, de forma privada. De esta manera mediante un mecanismo ágil el ISP podría bloquear el contenido lesivo, con miras a que en el caso de controvertirse su ilicitud, la vía judicial fuese la respuesta definitiva y no al revés. Ello dando por cierto que los ISP carecen de prerrogativas sobre la licitud o ilicitud del contenido, pero poniendo como prioritario el reclamo de le damnificadx. La facultad eventual de determinación del carácter de ese contenido se pone en manos de la justicia, pero mediando ya un bloqueo temporario del contenido sujeto a revisión, evitando que la información se viralice al infinito. Quien hubiera subido el material y fuera consciente de su ilicitud, no accionaría judicialmente pretendiendo el restablecimiento. Y quien considerare que en realidad se esté afectando su libertad de expresión, bien podría plantear el pertinente remedio por vía judicial para que en el caso de sentencia favorable lo recuperare, sin causar perjuicio alguno a tercerxs.



De esta manera se instauraría un sistema de mediación como el vigente en el sector de e-commerce cuya efectividad nadie discute salvo en raras ocasiones. Entre el derecho de publicar, libertad de prensa y los derechos personalísimos deben necesariamente prevalecer estos últimos. Las consecuencias a la vulneración de cada uno de estos derechos imponen que se deba privilegiar la protección de estos últimos. Innumerables víctimas han llegado a extremos del suicidio por la difusión por ejemplo de su material íntimo; sin embargo no se conoce un solo caso, en que haya decidido quitarse la vida cuando le fue restringida su “libertad de expresión”.-

Por tal, y concordantemente con nuestra visión de género, sostenemos acérrimamente la exigencia de la tipificación de la difusión no consentida de material íntimo en plataformas digitales y el acoso virtual, sobre lo que hemos desarrollado múltiples investigaciones desde el año 2012. Ello en función de lograr la respuesta punitiva del Estado en casos de extrema vulneración de derechos personalísimos donde las mujeres somos las víctimas predilectas, y dada la emergencia en material de violencia de género que atraviesa nuestro país desde hace más de dos años. Nuestra posición en torno a la regulación de este tipo de conductas dañosas, las que reconocemos todas en la modalidad “digital” de la violencia de género tradicional se pliega a los estándares internacionales y a su vez en la realidad que vivenciamos a diario desde nuestra actividad en la Fundación, asesorando a víctimas de esta problemática y llevando adelante estudios de rigor académico entre los que se encuentra el Primer Informe sobre Violencia Digital hacia las Mujeres de Argentina<sup>24</sup>, en colaboración con ADC<sup>25</sup>, elevado a la Relatoría Especial de Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas.

---

<sup>24</sup> Disponible para su lectura en: <https://activismofeministadigital.org/informe-relevo-ano-2017/>

<sup>25</sup> <http://adc.org.ar/>



---

<sup>1</sup> Abogadas de la Universidad Nacional de La Plata. Secretaria y Presidenta de Fundación Activismo Feminista Digital para el estudio, desarrollo e investigación de la relación entre las Tecnologías y las Mujeres. Buenos Aires. Argentina. 2017. [www.activismofeministadigital.org](http://www.activismofeministadigital.org)