

## LA INJURIA A TRAVES DE INTERNET. A RAIZ DEL FALLO JUJUY. COM

Horacio Fernández Delpech <sup>(1)</sup>

I.-

### **Antecedentes del caso**

Un interesante fallo judicial dictado por la justicia de la Provincia de Jujuy en la República Argentina, nos plantea un tema de indudable trascendencia como es el de la responsabilidad de los titulares de los sitios Web por los contenidos injuriantes que pueden ser incorporados a esos sitios.

Se trata del fallo dictado en los autos **“S. M. y otro c/ JUJUY DIGITAL y/o JUJUY.COM s/daños y perjuicios”**, en el cual se condenó a los titulares responsables de un sitio a pagar una importante indemnización de daños y perjuicios a favor de dos personas que fueron injuriadas a través del sitio.

Pero relataré primero los antecedentes del caso, para luego efectuar un análisis del tema y del fallo.

El sitio en cuestión, “Jujuy.com”, es un sitio privado de carácter turístico donde se promocionan servicios y actividades turísticas relacionadas con esa zona del país. Ingresando al mismo uno puede encontrar una serie de links, que referencian los hoteles de la zona, restaurantes, negocios de artesanías, planos, etc.

También existía un libro de visitas al que se accedía en forma directa y en el cual se podían dejar mensajes de texto con cualquier contenido, los cuales podían ser leídos por todos los que entrasen a ese link.

Estos mensajes, que generalmente eran relacionados con las bondades del sitio y de la Provincia de Jujuy, se cargaban en forma inmediata y automática sin que se efectuase ningún control ni filtrado de su contenido por parte de los titulares del sitio.

Hago presente que en Argentina, hasta el dictado de este fallo judicial, numerosas sitios de todo tipo, tenían páginas de visitas similares, casi todas ellas con carga automática y sin filtrado, de los mensajes dejados.

A comienzos del año 2004 una persona, que no se identifico, ingreso al sitio Jujuy.com y dejo un mensaje que refería a actitudes adúlteras de uno de los integrantes de un matrimonio residente en la ciudad de Jujuy, al que se identificaba con nombres y apellidos.

El matrimonio en cuestión, considerándose injuriado y dañado moralmente, demandó al titular del sitio, acompañando un acta notarial que acreditaba el referido contenido en el sitio y alegando que como consecuencia de la actividad omisiva y negligente del titular del sitio, que había permitido el ingreso de tal contenido al sitio, se habían producido graves consecuencias morales para ellos. La Sala Primera de la Cámara Civil y Comercial de los Tribunales de la provincia de Jujuy, con fecha 30 de Junio de 2004, actuando como Tribunal de Instancia única, hizo lugar a la demanda y condenó a los titulares del sitio al pago de la indemnización, basándose para ello en un criterio de atribución de responsabilidad objetiva conforme al art. 1113 del Código Civil.

Creo es el primer fallo argentino en este sentido y trata una situación que puede darse fácilmente con este tipo de libros de visitas con carga automática sin filtrado y en donde, como en este caso, se puede injuriar a un tercero.

Cabe preguntarnos entonces ¿la carga de contenidos propios o de un de tercero como en este caso, genera este tipo de responsabilidad al menos civil para los titulares del sitio?

Creo que es un tema novedoso e interesante pero que debemos clarificar y tener en cuenta, fundamentalmente los titulares de sitios, para no caer en equivocaciones muchas veces de buena fe que pese a ello puedan generar responsabilidades como las del fallo.

## II.-

### **Libertad de contenidos en Internet**

La República Argentina sigue la corriente de la mayoría de las naciones en cuanto a consagrar la libertad de los contenidos en Internet.

Es así como el Decreto 1279/97, en su art.1 declara que el servicio de INTERNET: *“se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que*

*ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social”.*

Hago presente que actualmente se encuentra a estudio del Parlamento Argentino un proyecto de ley, que establece similar garantía y que ya ha obtenido media aprobación legislativa de la Cámara de Diputados.

De allí pues que con excepción de limitados casos en que se admitiría la censura previa, y que se refieren según mi opinión a la publicación de pornografía infantil, existe una amplia libertad con relación a los contenidos en Internet.

Pero ello no significa que la incorporación de determinados contenido no genere responsabilidad, ya que aquí debemos hacer jugar la teoría de las responsabilidades ulteriores, ampliamente desarrollada por la doctrina y jurisprudencia tanto internacional como nacional.

La Constitución de la Nación Argentina garantiza ampliamente la libertad de expresión y, tanto los Convenios Internacionales suscriptos por la Argentina, como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, establecen una prohibición a la censura previa de los contenidos, aún cuando con ellos se cometiera un delito.

Pero el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y tiene ciertas restricciones cuando se trata de contenidos ilícitos o prohibidos por la ley.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional han admitido el establecimiento de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de ese derecho.

Pero esas restricciones a la libertad de expresión no pueden consistir en censurar previamente el contenido, pero sí en establecer su prohibición o ilicitud, y en caso de darse el supuesto, de juzgar con posterioridad al acto la responsabilidad que puede caber.

En estos casos el autor de la incorporación de ese contenido puede resultar responsable con posterioridad al acto, en lo que ha dado en llamarse *“responsabilidad ulterior”*.

Pero esta libertad de contenidos, fruto de la libertad de expresión, no puede tomarse tampoco en forma absoluta con relación a los titulares de los sitios de la Web, quienes pueden en ciertas circunstancias limitar o impedir la incorporación en sus sitios de ciertos contenidos.

En efecto, el titular de un sitio puede resultar responsable por la incorporación de un contenido manifiestamente ilícito o que cause un daño a terceros. Conforme la teoría de las responsabilidades ulteriores, este titular del sitio podría ser declarado responsable por los perjuicios causados por ese contenido.

Cabe entonces afirmar que cuando el titular de un sitio advierte que el contenido que se le solicita incorpore al sitio es manifiestamente ilícito o productor de un daño material o moral, puede impedir la incorporación del mismo al sitio, sin que con ello pueda hablarse de censura del contenido.

De no ser así, se daría la absurda situación, en la que el titular del sitio, por no vulnerar la prohibición de censura previa debe incorporar al sitio todos los contenidos aunque advierta la ilicitud del contenido y que como consecuencia de ello pueda a posterior ser responsabilizado por los daños causados.

Es también importen señalar que los contenidos ilícitos o injuriantes no pueden calificarse como información o difusión de ideas. Tal lo que la Corte Suprema ha establecido al establecer *“no todo lo que se difunde por la prensa o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio goza del amparo otorgado por la prohibición a la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas (fallos 315:1943. año 1992 ED 149,245).*

Como bien nos dice Zannoni la moderna concepción de la libertad de expresión autoimpone límites internos que toman como punto de referencia objetiva la *verdad*, y como subjetiva, la actitud del informador hacia la verdad. Agregando que la libertad de prensa debe confrontar con la existencia de otros bienes jurídicos de igual jerarquía, como es son los derechos personalísimos a la intimidad y al honor.

De todo ello podemos concluir que la libertad de expresión presenta dos aspectos: uno positivo conformado por la libertad de publicar, y otro negativo:

ejercer la libertad de no publicar en determinadas circunstancias excepcionales, sin que por ello se pueda hablar de censura previa.

### III

#### **La responsabilidad de los Proveedores de contenido, de los titulares de los sitios Web y de los Proveedores de Servicio en la legislación y doctrina internacional**

Pero analizada ya la problemática de la libertad de los contenidos, de la censura previa y de la facultad de todo titular de un sitio de publicar o no cierto tipo de contenidos, debemos ver ahora que tipo de responsabilidad le puede caber al titular del sitio o a los proveedores de servicio por la difusión de este tipo de contenidos que causan un perjuicio a terceros.

Evidentemente la responsabilidad de todo **proveedor de contenidos** es muy clara, ya que es evidentemente el autor de la incorporación del contenido y en la medida que ese contenido cause un daño a terceros cabe responsabilizarlo por tal incorporación.

Pero muchas veces, como en el fallo JUJUY, quien proveyó el contenido permanece en el anonimato, planteándose entonces la duda si también son responsables por esta incorporación los **titulares de los sitios** y los **Proveedores de Servicio (ISP)** los primeros por permitir el ingreso del contenido al sitio y los últimos ya sea por brindar un servicio de **acceso** o de **hosting**, discutiéndose hoy en día en doctrina y legislación internacional, la posible responsabilidad de todos ellos.

Para poder determinar la responsabilidad de los titulares de los sitios y de los proveedores de servicio debemos primero determinar la naturaleza jurídica de ellos.

Al respecto existen en doctrina, tanto nacional como internacional, dos posturas claramente diferenciadas.

Para algunos, los titulares de los sitios y los proveedores de servicio, (proveedores de acceso y proveedores de alojamiento) **son editores**. Para otros son simplemente **distribuidores de la información**.-

Si consideramos que son editores, estos tendrían una responsabilidad por los contenidos incorporados, ya que al ser editores tienen la responsabilidad de controlar los contenidos de los sitios a los que prestan sus servicios.

Tal la postura de algunos países Europeos ,en donde se hace responsable a los titulares de los sitios y a los proveedores de servicio de acceso o alojamiento en los casos que *"pueda esperarse razonablemente que son conscientes de que aquel es prima facie ilegal o no han tomado medidas razonables para eliminar dicho contenido una vez que el mismo ha traído claramente su atención"*.

Pero frente a esta posición que centra la responsabilidad en su carácter de editores, existe también la posición contraria que considera que no trata de editores, sino que solamente son meros distribuidores de la información o prestadores de equipos para la transmisión de la información, y que consecuentemente, en su papel de distribuidores de la información, no tienen responsabilidad alguna ya que es imposible pretender que éste controle la gran cantidad de información que se carga en los sitios, que se transmite o que se aloja en un servidor.

La legislación y doctrina internacional ha desarrollado el tema, pero fundamentalmente con relación a los Proveedores de Servicio.

Es así como la **"Multimedia Act"** dictada en Alemania en el año 1997, establece diferentes tipos de responsabilidades según sea la clase de Proveedor de Servicio de Internet de que se trate, distinguiendo para ello a tres tipos de proveedores: "Information Providers", "Hosting Providers" y "Access Providers".

Con relación al "Information Providers", se establece la plena responsabilidad por los contenidos que incorpora al sitio; mientras que con relación a los "Access Providers" y "Hosting Service Providers" se determina que son responsables sólo si tienen conocimiento de los contenidos y teniendo en cuenta si tomaron las medidas técnicas adecuadas frente a tal conocimiento.

En los Estados Unidos en un comienzo se consideró al ISP como un editor y se dictaron fallos haciéndolo responsable, con un criterio de atribución de responsabilidad objetiva. Posteriormente se cambió la posición y se consideró al ISP un simple distribuidor, dejando de lado los criterios de atribución de responsabilidad objetiva pasándose a nuevos criterios de atribución de responsabilidad subjetiva, en donde se exime de responsabilidad acreditando la falta de culpa.

Es así como la **Communication Decency Act de 1996**, en su sección 230, eximió de responsabilidad al ISP por publicaciones obscenas, y desde entonces la jurisprudencia norteamericana lo eximió de responsabilidad.

Tal los casos “Lunney vs. Prodigy Service” (de Diciembre de 1999) y “Ben Ezra, Weinstein & Co. Inc. vs American OnLine” (de Marzo de 2000), en donde se determinó que las empresas demandadas que eran Proveedores de Servicio no era responsables, ya que sólo tenían calidad de distribuidores o editores secundarios.

Finalmente la **Digital Millennium Copyright Act (DMCA)** , aprobada en EE.UU en Octubre de 1998, modificó la Copyright Act en diversos puntos, figurando entre ellos la incorporación de la Sección 512 que regula la limitación de la responsabilidad en línea de los servidores de Internet (ISP).

La normativa libera de responsabilidad a los ISP por:

- la mera transmisión de contenidos (*transient host*).
- el almacenamiento de contenidos, de manera que permita al servidor reducir tanto el tiempo de transmisión a sus usuarios como su ancho de banda (*system o proxy caching*).
- el almacenamiento de contenidos en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios (*hosting*)
- el uso de mecanismos de localización de la información a través de los cuales se dirige a los usuarios a contenidos infractores.

Por otra parte, establece un detallado sistema de “**notice and take down**” (detección y retirada) para hacer posible que los titulares identifiquen las infracciones que se cometen a sus obras a través de Internet y lo notifiquen a los

servidores afectados para que el material supuestamente infractor sea retirado o su acceso bloqueado.

La DMCA establece consecuentemente que la responsabilidad de los ISP se genera únicamente cuando la incorporación del contenido es manifiesta o habiendo sido notificado que existen contenidos violatorios de la ley, no toma de inmediato las medidas necesarias para su retiro.

Por su parte en Europa, **el Libro Verde sobre Protección de Menores y la Dignidad Humana en los Servicios Audiovisuales y de Información**, no adopta una posición clara y definida al respecto ya que establece:

*"La responsabilidad de un usuario que carga material ilícito en la red y la exención de responsabilidad de los operadores que simplemente lo transmiten parece claramente aceptada. Pero la cuestión de la responsabilidad de los estadios intermedios (especialmente, donde se almacena el material, incluso temporalmente, en formato legible) está lejos de haber quedado establecida. La cuestión consiste en averiguar qué es técnicamente factible y económicamente viable, y conseguir un equilibrio entre la protección de la libertad de expresión y la privacidad, por un lado, y la protección de los menores y la dignidad humana, por otro".*

También en la Comunidad Europea, la **Directiva de Comercio Electrónico del Parlamento Europeo**, establece en el art. 12 la falta de responsabilidad de los ISP, al disponer:

*"No serán responsables por los datos transmitidos a menos que: hayan originado o modificado ellos mismos los datos o hayan seleccionado a éstos o a sus destinatarios".*

Se completa este principio de la irresponsabilidad de los ISP con lo dispuesto en el art. 13 sobre la memoria tampón o caching y en el art. 14 sobre los supuestos de hosting, supuestos estos que no desarrollaremos acá por ser ajenos al tema que estamos tratando.

En España, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en sus arts. 13 a 17 exime de responsabilidad a los Operadores de Redes y Proveedores de Acceso por las informaciones transmitidas *"salvo que*

*ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos”,* disponiendo también que las actividades de transmisión y provisión de acceso incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonable necesario para ello

#### IV

#### **La responsabilidad de los Proveedores de contenido, de los titulares de los sitios Web y de los Proveedores de Servicio en mi opinión**

Tradicionalmente el fundamento de la responsabilidad por los daños causados se encontraba fundado en la culpa del sujeto causante del daño. La teoría de la culpa, fundada en criterios totalmente subjetivos, establece así que no es suficiente que una persona sufra un daño para responsabilizar al causante del mismo, ya que es necesario que este haya actuado con dolo o culpa para que surja su responsabilidad.

Pero esta concepción fue cambiando con el paso del tiempo y fueron surgiendo nuevos criterios de atribución de responsabilidad objetiva que consideran que el daño siempre debe ser reparado mas allá de la existencia de culpa o dolo por parte del causante.

De allí entonces que, como ya lo analizamos, las legislaciones atribuyan la responsabilidad de los daños causados en criterios objetivos (responsabilidad objetiva) o en criterios subjetivos unidos a la culpa o negligencia (responsabilidad subjetiva), según sean las circunstancias del caso.

Valga esta introducción para analizar entonces cual es la responsabilidad de los diversos actores que intervienen en Internet, con relación a las injurias proferidas por este medio y que causan un daño a terceros.

En primer término considero que los proveedores de contenidos, los titulares de los sitios y los proveedores de servicios son plenamente responsables con relación a los contenidos propios, generándose en ese supuesto su plena

responsabilidad, tanto por incluir en el sitio, como por transmitir o alojar estos contenidos que le pertenecen.

Pero con relación a los contenidos que le son ajenos creo que cualquiera sea la postura adoptada con relación al carácter que invisten, éste tipo de proveedores sólo podría tener una responsabilidad de carácter subjetiva, que surgiría de su culpa o negligencia manifiesta al incorporar, transmitir o alojar un contenido manifiestamente ilícito o que pueda causar un evidente daño.

También serían responsables cuando, sin ser manifiesto, se les comunicó la existencia de un contenido ilícito o causante de un daño y no tomaron las medidas necesarias para evitar que ese contenido sea incluido en el sitio o transmitido a los usuarios.

Puedo afirmar que coincido con el consenso doctrinario hoy en día existente en cuanto que sólo cabe hacer responsable a los titulares de los sitios y a los proveedores de Acceso o de Hosting, por los contenidos ilícitos o que pueden causar un daño, en dos situaciones:

- Cuando la incorporación del contenido es manifiesta y no pudo ser ignorada por el proveedor;
- Cuando la incorporación del contenido no es manifiesta, pero el titular del sitio o el proveedor ha sido notificado de la existencia de esos contenidos y no toma de inmediato las medidas necesarias para retirar dicho contenido. Los norteamericanos han llamado a esta notificación: notice and takedown.

Fuera de estos casos creo que no existe responsabilidad ya que razones tecnológicas generalmente les impiden ejercer un control permanente de los contenidos de terceros que transmiten o alojan.

Notemos también con relación a los ISP que aceptar su responsabilidad y consecuentemente para evitarla obligarlos a eliminar o bloquear contenidos que creen ilícitos, implicaría ni más ni menos que legalizar la privatización de la censura, toda vez que los ISP, fuera de los casos de contenidos manifiestamente ilícitos, serían quienes discernen si un contenido es lícito o ilícito, si es nocivo o no. Recalco que como ya lo dijera, distinta es la situación del titular del sitio quien

esta facultado para aceptar o rechazar que determinados contenidos ingresen a su sitio, sin que por ello este efectuando un acto de censura.

Como ya lo hemos visto tal es la solución adoptada por recientes legislaciones como la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de los Estados Unidos, o la Directiva 2000/31/Ce del Parlamento y del Consejo Europeo del 8 de Junio de 2000.-

## V

### **Criterios de Atribución de Responsabilidad - Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Responsabilidad objetiva y subjetiva en el Derecho Argentino**

La República Argentina carece de una normativa específica a la responsabilidad derivada de la ilicitud civil en Internet. Ello produce que sea aplicable a ésta el régimen de la responsabilidad de nuestro Código Civil.

En nuestro derecho existen dos tipos de responsabilidad:

- La responsabilidad contractual, que deriva del incumplimiento de un contrato;
- La responsabilidad extracontractual, que se origina en haber producido un daño a otro sin que exista un nexo contractual.

A su vez existen dos factores de atribución de responsabilidad:

- La responsabilidad objetiva;
- La responsabilidad subjetiva.

La **responsabilidad objetiva** está regulada en nuestro derecho por los arts.

1113, 1071, 1071 bis, y complementarios del Código Civil

*Artículo 1113. "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se*

*eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.*

El texto originario de la norma regulaba dos supuestos específicos de responsabilidad: la responsabilidad genérica del principal por los daños que causaren los que están bajo su dependencia, y la responsabilidad del guardián por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado.

La reforma de 1968 del Código Civil por Ley 17711 agregó la responsabilidad de los daños causados con cosas y la responsabilidad de los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa.-

La **responsabilidad subjetiva** está regulada en nuestro derecho por los arts. 512 y 1109 del Código Civil que establecen fundamentalmente que *“La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”,* y que *“Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...”*

## VI

### Fundamentos del Fallo

En el fallo Jujuy, el Tribunal, luego de tener por acreditada la injuria producida y el daño moral causado, determino primero una responsabilidad por parte de los titulares responsables del sitio de carácter subjetiva, pero luego fundo su condena en un criterio de atribución de responsabilidad objetiva conforme al art. 1113 del Código Civil.

En efecto, el Sentenciante estableció primero que los titulares de los sitios tienen el carácter de editores o difusores de información, y que para responsabilizar a estos es necesario probar una conducta positiva que se da, ya sea colaborando en la conformación del contenido u omitiendo hacer lo que se debe.

*“...conociendo el carácter ilícito de los contenidos y pudiendo evitar la difusión, no lo hizo...”*. (párrafo del fallo)

Creo correcto este argumento, que implica reconocer un criterio de atribución de responsabilidad subjetiva y que consecuentemente tendría que haberse fundado en lo dispuesto por el art 1109 del Código Civil, en cuanto establece que todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio.

Sin embargo el fallo, luego de tener por acreditada la conducta omisiva de los titulares del sitio, determina para ellos una responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa conforme al art. 1113 2ª.parte, 2 párrafo del Código Civil

Debemos recordar que el art. 1113 preceptúa al respecto: *“La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”*

Para llegar a esta conclusión el Sentenciante establece una similitud entre la energía informática y la energía eléctrica y afirma que así como a los daños causados por la energía se les ha aplicado un principio de responsabilidad objetiva en razón de la potencialidad del peligro insito en su empleo, se debe también aplicar idéntico criterio a la energía informática.

Evidentemente, en mi opinión, el afán de fundamentación de la Sentencia, hizo caer al tribunal en una contradicción en cuanto a esta fundamentación, ya que primero pareciera que se refiere a una responsabilidad subjetiva pero luego concluye en una criterio objetivo por el riesgo o vicio de la cosa, dando por sentado que la pagina Web al efectuar un tratamiento computarizado de la información, emplea una serie de señales, a las que denomina energía informática, y que son potencialmente peligrosas al igual que la energía eléctrica..

Creo equivocado el fundamento, así como también es equivocado considerar a esa “elegía informática” potencialmente peligrosa.

El concepto de actividad peligrosa o riesgosa es por su naturaleza un concepto relativo y depende del estado de avance de la ciencia y de la técnica en un sector determinado; lo que lleva a calificar de peligrosas a actividades que antes no lo eran o viceversa.

Debemos tener en cuenta que la utilización de la informática en el mundo actual ha dado lugar a múltiples usos, de los cuales algunos pueden implicar actividades peligrosas pero no así otros. Pareciera que la utilización de la informática en el manejo de los bancos de datos podría considerarse una actividad peligrosa, así como también el desarrollo de determinados software destinado a actividades industriales que son en si peligrosas, como podría ser el destinado a centrales nucleares, etc.

Bustamante Alsina, nos dice que los sistemas automatizados de información que emplean la informática, no son cosas peligrosas que dañen por sí mismas, sino instrumentos que el hombre maneja o acciona a su voluntad.

También se ha dicho que *“No hay cosas peligrosas o no peligrosas en sí, sino que la tal peligrosidad depende de una situación jurídica integrada por la cosa y la particular circunstancia en que se originó el daño* (Boffi Boggero, Luis María, "Tratado de las obligaciones", Ed. Astrea, 1985, t. 6, p. 103).

Tradicionalmente se ha considerado que la responsabilidad objetiva debe estar asociada con actividades que son potencialmente peligrosas y que tienen una alta probabilidad de daño. Tal el caso de la energía eléctrica, la producción o tratamiento de explosivos o materiales radioactivos.

Creo que cuando se trata de perjuicios que son causados por la cosa interviniente en forma directa , y esa cosa es un elemento de potencial peligro, podría regir el el sistema de responsabilidad objetiva del artículo 1113 2º párrafo del Código

Civil, pero cuando la cosa no interviene autónomamente en la producción del daño, sino respondiendo al accionar del operador, debe ser aplicado un criterio de atribución de responsabilidad subjetiva conforme al artículo 1109 del Código Civil.

De allí entonces que entiendo que la operación informatizada de procesamiento de datos no puede ser considerada, en si mismo, como una actividad peligrosa.

Evidentemente la actividad del titular del sitio al procesar información no reúne estas características de peligrosidad, ni la “energía informática, en la terminología del fallo, conlleva tampoco la potencialidad de peligro de la energía eléctrica, explosivos o material radioactivo, la contaminación por hidrocarburos, el manejo de residuos peligrosos, para mencionar algunos casos.

Podría decirse, desde otro ámbito del análisis, que es más difícil encontrar una atribución de responsabilidad subjetiva en el resarcimiento del daño moral que en el de otro tipo de daños. Cuando se repara el daño moral es importante sin duda el daño causado, pero también es importante la prueba de la culpa o dolo del autor del daño.

La responsabilidad del titular de los sitios no deriva de esa supuesta, y en mi opinión, cuestionable peligrosidad, sino que es una responsabilidad subjetiva derivada simplemente de su acción omisiva y que consecuentemente le obliga a reparar el daño, pero no es una responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa. El titular del sitio, ya se que lo consideremos un editor o un mero distribuidor de la información, debió tomar los recaudos necesarios para que no ingresaran en el sitio contenidos claramente injuriantes que podían causar daños a terceros. Este deber, como ya dijéramos, no configura un acto de censura sino que hace a un necesario control editorial que debe ejercer. De allí su responsabilidad de carácter subjetivo.

---

<sup>(1)</sup> Horacio Fernández Delpech, Abogado y Profesor Universitario Argentino. Especialista en Derecho Informático. Autor de numerosas publicaciones, entre ella el libro: “Internet: Su Problemática Jurídica”. Editorial LexisNexis de Buenos Aires – 2ª.Ed. 2004. Titular del sitio: [www.hfernandezdelpech.com.ar](http://www.hfernandezdelpech.com.ar)