

Anotaciones sobre la Responsabilidad Civil en Entornos Digitales

“El caso de los ISP de búsqueda”

José María Lezcano*

1. Introducción

En lo referido a responsabilidad civil y daños en el derecho Argentino y comparado, una de las situaciones que mayores debates han planteado en los últimos años, es la concerniente al análisis de la responsabilidad que emergen por el uso y difusión a través de Internet, de imágenes, datos personales, contenidos con propiedad intelectual, entre otros, que se localizan en sitios de terceros, generando la afectación de derechos a personas que aparecen en dichas imágenes, a los titulares de los datos personales, o quienes detentan derechos intelectuales, y entre otros. Dejando fuera del análisis estos últimos, los aspectos que se trabajarán en el presente se refieren a datos e imágenes que, alojados en sitios de pornografía, generan un daño a la imagen, reputación, prestigio, y demás.

Claro que este cuadro de situación no estaría completo en los más de 200 casos planteados en ante la Justicia Argentino, sin tener en cuenta un tipo de Proveedores de Servicios de Internet (*Internet Service Provider - ISP*) que proveen herramientas de búsqueda de información, tales como Google y Yahoo!¹. La mecánica de los mismos, como se sabe, funciona a partir de simples indicaciones de búsqueda (palabras) -o parámetros- por parte de cualquier usuario conectado a Internet, y estos (los Buscadores) gracias a un software conocido como “motor de búsqueda”, arrojan un resultado -pagerank- que informa una serie de sitios web que coinciden con tales palabras y, a través de hipervínculos, facilitan el acceso a tales sitios.

Uno de los fundamentos para pensar el por qué de las grandes discusiones al respecto, es que el marco jurídico vigente no es apto para proveer soluciones a muchos de los problemas derivados del desarrollo tecnológico en materia de TICs, en particular los que se producen y/o dirimen en el entorno de la Internet (Olivera, 2008 a y b). Es que el actual marco jurídico se encuentra fuertemente enraizado en el paradigma de la Modernidad y con ello en la legalidad estatal (Grossi, 2003).

El derecho, en tanto técnica política para el ordenamiento social (Aftalión, 1996), ha sido uno de los protagonistas de los procesos y transformaciones de más de dos siglos de Modernidad. El ordenamiento civil, con mayor o menor contemporaneidad, ha ido acompañando los cambios socio-culturales y económicos, sin perder su carácter de instrumento de control social. En lo referido a la

* Becario de Investigación Tipo B Universidad Nacional de La Plata (Dir. Prof. Noemí Olivera), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Grupo de Estudios de la Complejidad en la Sociedad de la Información. Calle 9 N 1375, Tel 0221 4228545. La Plata. Correo electrónico: josemlezcano@jursoc.unlp.edu.ar

1 Estos también se los puede reconocer -según Fernandez Delpech- como “ISP de localización” .
XVI Jornadas de Investigadores y Becarios organizada por el Instituto de Investigaciones “Carlos Santiago Nino”, Facultad de Derecho, UNMdP, Septiembre, 2012

responsabilidad civil, esta vinculación con la realidad epocal y la búsqueda de justicia en las relaciones sociales, se ha plantado históricamente, por ejemplo en la incorporación de la responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta la víctima del daño, acompañando la responsabilidad subjetiva que sólo ponía el acento en la conducta del autor. Otro tanto se podría decir del surgimiento de la figura del consumidor, por citar otro ejemplo, aunque tal dimensión no se abordará en este trabajo.

El avance de la historia nos hace testigos de importantes rupturas de aquella modernidad burguesa nacida de la Revolución Francesa y la Revolución Industrial. El reconocimiento de derechos civiles y políticos a la mujer, el reconocimiento de excluidos como negros, homosexuales, la necesidad de poner límites a los abusos de sectores económicamente fuertes, los avances tecnocientífico, el grado de globalización, entre otros, son elementos que evidencian -según algunos autores- las condiciones de una Postmodernidad (Harvey), una modernidad tardía (Giddens) o, más radical aún, una modernidad líquida (Bauman). Desde la perspectiva jurídica, el Derecho Argentino ha ido, una vez generando canales en la propia normativa para acompañar cambios sociales (V.G. Ley 17.771, ley 25.515, la reciente ley 26.618, entre otras) y muchas otras planteando “parches” para contener situaciones de presión, sea protegiendo intereses determinados, o soluciones momentáneas que sólo resuelven situaciones simples y concretas pensadas en función de unas pocas hojas que tapaban un bosque mucho más complejo.

Pero, como nos dice Zagrebelsky (2005), “cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar una coherencia intrínseca; es decir debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios”.

En el presente trabajo se plantea considerar algunos pronunciamientos judiciales sobre conflictos propios de la Sociedad de la Información, los llamados casos de “las modelos” contra los buscadores, y las respuestas de proyectos legislativos para atender tales situaciones, qué elementos se pueden encontrar en el proyecto de unificación y reforma del Código Civil y Comercial Argentino, tratando de arribar a algunas consideraciones necesarias sobre responsabilidad civil en entornos digitales.

2. Plexo jurídico que entran en consideración en las sentencias

Un rápido análisis de los casos que se reseñarán en el apartado siguiente, el plexo jurídico tenido en cuenta por las partes y los jueces, gira en torno a derechos personalísimos de intimidad y privacidad (la protección de los datos personales), la honra, reputación, buen nombre y honor de los actores²,

2 Es importante mencionar que la invocación del derecho a la imagen por parte de los actores, se plantea XVI Jornadas de Investigadores y Becarios organizada por el Instituto de Investigaciones “Carlos Santiago Nino”, Facultad de Derecho, UNMdP, Septiembre, 2012

por un lado, y la libertad de expresión, la prohibición de censura previa, y la responsabilidad de terceros por los que no se debe responder, por el lado de los demandados.

Bajos estos derechos en juego, vienen en su defensa la invocación de normas tales como el art. 1071 bis del Código Civil, que reconoce el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad, los arts. 1113, 1109, 512 que permiten pendular entre un criterio de responsabilidad objetiva y subjetiva de los buscadores, el art. 31 in fine de la ley 11.723 de propiedad intelectual, en cuanto a la necesidad del consentimiento para la publicación de retratos, entre otros. También se suelen invocar la ley de protección de datos personales 25.326 en lo referido al carácter sensible de ciertos datos, entre otras. Por su parte, desde el ámbito constitucional y convencional, a la invocación de los arts. 18 y 19 de la CN., se recurre, entre otros, al artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada familiar.

Las demandadas por su parte -más allá de los argumentos ya casi no considerados como válidos por los tribunales respecto de la imposibilidad técnica de establecer filtros en las búsquedas-, invocan las garantías de la libertad de expresión de nuestra Constitución Nacional así como los tratados internacionales de la misma jerarquía, el decreto 1279/97 y ley 26.032 que embiste de dicha garantía de libertad de expresión a la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio de esta tecnología.

3. Estado de situación de las sentencias judiciales sobre la cuestión

3.1 Sentencias a favor de las modelos

Desde hace algunos años, la justicia argentina viene dictando una serie de pronunciamientos, ya sea sobre medidas cautelares como en sentencias de primera instancia y alguna de Alzada, en los que las posiciones adoptadas respecto de la ponderación de los derechos en juego han sido pendulantes.

En el caso de Isabel Macedo³, en año 2008 la Justicia señaló que “publicamente [las empresas demandadas] se jactan de su pleno dominio de la información y de la precisión y velocidad de sus búsquedas”, pero, en una de sus habituales estrategias defensivas invocan “la imposibilidad técnica de cumplir las medidas dispuestas” por la Justicia, es decir, filtrar aquellos contenidos indicados como ofensivos.

Casi en el mismo sentido, en la causa iniciada por Priscilla Crivocapich⁴, la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal rechazó el planteo de los buscadores que suponía que fuese la

mayormente para considerar el daño material (podríamos decir), pues se vincula a la explotación comercial que las actoras realizan del tal derecho.

3 Macedo Maria Isabel C/ Yahoo De Argentina SRL S/ Medidas Precautorias

4 Crivocapich, Priscila c/ Google Inc. y otro
s/ Medidas precautorias

XVI Jornadas de Investigadores y Becarios organizada por el Instituto de Investigaciones “Carlos Santiago Nino”,
Facultad de Derecho, UNMdP, Septiembre, 2012

propia actora quien tuviese “que estar permanentemente viendo todos los días si la vinculaban con sitios pornográficos de Internet”, considerando además que existe un perjuicio que se provoca por “la vinculación sin autorización con sitios pornográficos en Internet”.

En el caso de Evangelina Carrozo contra Google y Yahoo!, el titular del Juzgado Nacional Civil Nro. 98, en su sentencia definitiva condenó a las demandadas a resarcir a la actora por los vínculos que se mostraban hacia sitios de dudosa reputación. En tal sentido, el juez consideró que los buscadores “están en condiciones técnicas de evitar que Carrozo aparezca en sitios pornográficos o de ofertas de servicios sexuales y que sus técnicos pueden eliminar la vinculación del nombre, apellido y fotografías” de la actora con páginas de contenido sexual. Esta sentencia fue apelada por los buscadores, esperando los resultados de la Alzada.

El fallo “Da Cunha” tuvo el mérito de resultar el primer pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, además de abrir interesantes debates sobre el carácter de la responsabilidad (objetiva o subjetiva) que se atribuía a los buscadores⁵.

Poco tiempo después, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 95, en los autos “Rodriguez, Maria Belen c/ Google Inc. s/ Daños y Perjuicios”, dicho tribunal condena al buscador en base al criterio de responsabilidad subjetiva por culpa. Ello, en tanto considera que “con anterioridad al reclamo del afectado solicitando el bloqueo del contenido que lo agravia disponible en internet, ninguna negligencia existe de parte de los 'buscadores web' por lo que no cabe adjudicarles culpa por el contenido cuestionado. Contrariamente a partir de tomar conocimiento de que contenidos de determinados sitios de internet infringen los derechos de un sujeto y éste requiere al buscador la eliminación o bloqueo de tales páginas -no antes- de verificarse la conducta culpable de la parte demandada, ella habrá de engendrar la obligación de reparar el daño causado por violación del principio ya referido del 'alterum non laedere' que el Código Civil prevé en el art. 1109”. En este pronunciamiento, hoy apelado, se condena a los buscadores por el daño moral a la actora, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el desconocimiento de los derechos personalísimos, el medio empleado, el grado de difusión alcanzado, la actividad de la actora y el ámbito profesional donde se desenvuelve. Cabe mencionar que en relación al daño material, en tanto su uso y explotación comercial, no existió prueba en relación a ello, por lo cual dicho rubro fue desestimado.

3.2 Sentencias a favor de los buscadores

Sin embargo, en otros precedentes, la Justicia fallo a favor de los buscadores, como en el fallo de

5 Al respecto, me remito a lo expuesto en oportunidad de estudiar dicho pronunciamientos en “Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet” Revista ANALES Nro. 40 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y en “Observaciones del conflicto entre buscadores de internet y Derechos Personalísimos” en XII Jornadas de Investigadores y Becarios, Universidad Nacional de Mar del Plata.

primera instancia del Juzgado Nacional Civil Nro. 62 iniciado por la actriz Paola Krum, quien presentó una demanda contra Google y Yahoo! por considerar que los mismos habían “usado comercialmente y sin autorización su imagen a través de los servicios de 'búsqueda de imágenes' y avasallado sus derechos personalísimos tales como el honor, nombre, imagen, dignidad e intimidad, por haberla relacionado con páginas de Internet vinculadas con actividades pornográficas, venta de sexo y similares”. Aquí, el Juez interviniente libró de responsabilidades a los Buscadores por considerar que las páginas “no contribuyen a la generación del daño ni como autores ni como editores del contenido. El buscador no es el creador de la información dañosa ni tampoco el administrador del sitio donde el mismo se aloja.” ... “el acceso a las páginas contenidas en la red de redes es potenciada de una manera impresionante por el servicio que prestan los buscadores” y aunque dio “por comprobada la relación de causalidad entre el daño producido por el contenido ilegal, deshonesto e inmoral de las páginas cuestionadas y la actividad que despliegan los demandados, porque sin ella el acceso a los sitios sería infinitamente menor”, consideró que “lo que debe indagarse en suma, es si en este caso existe una razón suficiente que justifique que el daño que ha sufrido la actriz, se traslade económicamente a los demandados. En otros términos, si se configura la existencia de algún factor de atribución capaz de conectar la responsabilidad de los buscadores”

Otra sentencia a favor de los buscadores fue el caso Priscila Prete, en el que la jueza titular del Juzgado Civil y Comercial Nro. 10 de Capital Federal rechazó la demanda contra Yahoo de Argentina SRL por el uso comercial y no autorizado de su imagen personal y por el avasallamiento de su derecho al honor, la dignidad y la intimidad. Se consideró que el buscador no actuó en forma antijurídica puesto que había bloqueado diligentemente el acceso a los contenidos que dañaban la reputación e imagen de la modelo luego de haber sido notificada de su existencia. La responsabilidad del buscador sólo aparecerá comprometida cuando existe un obrar negligente de su parte, esto es cuando luego de haber sido notificada fehacientemente de que la búsqueda que realiza remite a contenidos ilícitos no toma las medidas del caso para bloquearlos.

Sin embargo, el único fallo dictando en sentencia definitiva fue sobre los autos “Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL y Otros”, en el que la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones, en un voto con disidencia revocó lo dispuesto por el a quo, haciendo lugar a los agravios de las demandadas.

Sin embargo, desde cierto punto de vista, tal pronunciamiento padece de arbitrariedad manifiesta, en orden a no respetar los principios de lógicos de contradicción (o no contradicción, desde la perspectiva del Ghirardi). Tal punto de vista puede fundarse en lo resuelto por la Corte en los autos Perrotta, Luis (J.A. 1994-IV-235), cuando existe una evidente contradicción entre los considerandos y la parte dispositiva de la sentencia. En tal caso, la Corte ha recordado que para

establecer los alcances y los límites de una decisión ha de estarse únicamente a su parte dispositiva, en el caso expresa que la sentencia constituye una unidad, y que los considerandos no son sino la fundamentación de lo que, en definitiva, se decide y dispone. De ahí que señala Ghirardi “... no deben existir contradicciones entre una parte y la otra”

En la interpretación que se puede realizar de la lectura del fallo “Da Cunha”, el voto de la Dra. Barbieri posee contradicciones en tanto considera que:

(a) por un lado, los Buscadores de Internet (demandadas) resultan ISP, mas no existe legislación argentina que los regule.

(b) que Internet posee las garantías que establecen el decreto 1297/97 y la ley 26.032 de libertad de expresión, resultando aplicable también los arts. 14, 32 y 42 de la Constitución Nacional.

(c) sin embargo, “el derecho a informar no escapa al sistema general de responsabilidad por los daños que su ejercicio pueda causar a terceros [...]”, considerando en tal sentido la privacidad e intimidad como uno de dichos límites.

A partir de ello, considerando que se trata de un caso de análisis de responsabilidad extracontractual (por no existir relación alguna de este tipo entre la actora y los buscadores), descarta desde su perspectiva la consideración sobre responsabilidad objetiva, y avanza sobre el análisis de la responsabilidad subjetiva.

Para su estudio, considera que quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el buscador conforme al régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene el art. 1109 y que sigue el principio “alterum non laedere”.

A este respecto:

(d) considera necesario analizar la conducta asumida por las demandadas, en la posibilidad existencia de culpa encuadrada en el art. 512 del C.C.

(e) y textualmente expresa: “Pero entiendo que aún admitiendo la responsabilidad civil, la misma sólo puede hacerse efectiva contra las demandadas en la medida en que, frente a una situación ilícita, y advertidas a través de los mecanismos pertinentes [directa referencia al “conocimiento efectivo” que existían en el caso], no realicen la conducta atinente y necesaria para obtener la cesación de las actividades nocivas, pues, recién en ese momento, se configuraría una falta propia susceptible de ser apreciada en los términos de los arts. 512, 902, 1109 y cc. Del Código de fondo”... y completa esta idea diciendo: “Resumiendo entonces, con anterioridad a cualquier reclamo del afectado solicitando el bloqueo del contenido que considera agravante y disponible en Internet a través de los buscadores demandados, no puede a los mismos serle atribuida o adjudicada culpa alguna por los contenidos cuestionados”, ergo, si ha existido reclamo de la afectada solicitando el bloqueo del contenido agravante, y la demandada no ha realizado la conducta atinente y necesaria para obtener la cesación de las actividades nocivas, existe una falta propia

establecida en el art. 512 y 1109 del C.C.

(f) reforzando este argumento, el mismo considerando 4, en su último párrafo reconoce la facticidad de los buscadores de establecer filtros a fin de impedir la indexación de sitios o imágenes que vinculen a determinadas palabras con contenidos de carácter pornográfico, erótico, sexual u otros contenidos que se consideren ilícitos.

(g) No obstante este razonamiento, hace lugar a los agravios de las demandadas Google y Yahoo! De Argentina S.R.L. revocando la sentencia del “a quo”

Hasta el momento dicha decisión se encuentra recurrida y en instancias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y si bien la ésta podría sólo aplicar la doctrina de la arbitrariedad y contradicción evidente del pronunciamiento referido, también podría pronunciarse sobre el fondo y tomar una posición sobre la ponderación de los derechos en juego.

4. Propuestas legislativas

4.1 Los Proyectos de ley sobre Responsabilidad de los ISP

Desde el año 2006 a la actualidad, se han presentado 3 proyectos de ley tendientes a establecer mecanismos de regulación de la actividad de los ISP.

El primer proyecto (S-3812/2006) fue presentado aquel año por el legislador Jorge Capitanich, en el marco de un proyecto de ley sobre Comercio Electrónico, e incluyó en su regulación cuestiones y definiciones sobre proveedores de servicios de Internet⁶. En el art. 14 de dicho proyecto se consagraba específicamente la no responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, salvo cuando tuvieren conocimiento efectivo el que sólo era posible, no por el propio hecho dañoso, sino por lo dispuesto por un órgano competente, es decir, un juez⁷.

El segundo proyecto vinculado a estos temas fue el presentado por el Senador Guillermo Jeneffes (S-0209/2009), además de incluir como ISP a los “proveedores que ofrecen públicamente programas especiales que se utilizan para la ubicación de contenidos”, establecía un mecanismo extremo de pedido de bloqueo de acceso a contenidos que agraven a una persona⁸. Ninguno de

6 El artículo 2 del citado proyecto, referido a definiciones decía: “...Prestador de servicios: comprende al operador de telecomunicaciones y de portales y al proveedor de acceso a Internet, de servicios de alojamiento de datos o de motores de búsqueda. También comprende al operador o intermediario de mercados virtuales, cuando tales redes o mercados sean utilizados en la compraventa y otros contratos celebrados por vía electrónica referidos a bienes o servicios.”

7 Decía el art. 14 del proyecto “No tendrán conocimiento efectivo de que la actividad, o la información, a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.... Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el inciso a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retiro o que se inoposicione el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución.”

8 Decía el art. 1: “Todo habitante de la República Argentina puede exigir a las empresas de Proveedores
XVI Jornadas de Investigadores y Becarios organizada por el Instituto de Investigaciones “Carlos Santiago Nino”,
Facultad de Derecho, UNMdP, Septiembre, 2012

estos proyectos tuvo buen camino en sus Cámaras Legislativas.

Finalmente, en la Cámara de Diputados, se encuentra el proyecto 2668-D-2012 presentado por el Diputado Federico Pinedo el que se refiere específicamente a proveedores de los Servicios de Internet y su régimen de responsabilidad. Este proyecto considera bajo el término ISP a los proveedores de acceso a Internet, a los de facilidades de interconexión, de alojamiento, de contenido o de información y a los de servicios de enlace, búsqueda y dirección de contenidos e información (art. 1). Establece sobre cada uno de estos ISP un criterio de responsabilidad, determinando específicamente que para el caso de los buscadores, no serán responsables “por las violaciones de normas legales o de derechos de terceros que generen contenidos de terceros almacenados o referidos, salvo que tuviesen conocimiento efectivo, en los términos de esta ley, de que los contenidos almacenados violan normas legales o derechos de terceros y no retiren o inhabiliten los mismos” (art. 2). El “conocimiento efectivo” está definido en el art. 3, naciendo desde el momento en que los proveedores sean notificados en forma fehaciente por quienes se encuentren legalmente habilitados por alguna resolución judicial (art. 6).

Ninguno de estos proyectos hacen referencia alguna a aspectos de daños (existencia, ponderación, etc), concurrencia de factores de atribución ni consecuencias por el incumplimiento de las obligaciones que nacen de la normativa, entre otras. Aunque sí indican el elemento del “conocimiento efectivo” como elemento que marca un giro en la responsabilidad, y un deber de actuar por parte del buscador. Tal vez sí puede ser cuestionado es que, en la Sociedad de la Información, no exista otra manera de ejercer derechos subjetivos que mediante el Poder Judicial.

4.2. El Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial Argentino

En relación al Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Código Comercial Argentino, lo primero que es necesario referir, insoslayable en los casos que estamos considerando, es que se han incorporado los “Derecho Personalísimos” como una categoría jurídica a partir del ordenamiento civil⁹. El Proyecto de código tiene en el Libro Primero: Parte General, Título I: De la Persona Humana, Capítulo 3: Derechos y Actos Personalísimos: desde el artículo 51 al 61, que se refieren a la inviolabilidad de la persona humana (art. 51), la afectación a la dignidad (art. 52), el derecho a la imagen (art. 53), actos peligrosos (art. 54), sobre la disposición de los derechos personalísimos (art. 55) y luego una serie de artículos que se refieren a actos de disposición sobre el

de Servicio de Internet (ISP), que se
impida o bloquee, en modo absoluto, cualquier tipo de acceso a los contenidos en los que se incluya su
nombre o denominación, si ello
agraviare a dicha persona.
”

9 Esta ha sido una cuestión largamente reclamados por cierta doctrina (aunque cuestionada por otra), que ya estaban receptados en el plexo jurídico argentino desde el derecho constitucional, fundamentalmente a partir de la incorporación de Convenciones Internacionales sobre Derecho Humanos.

propio cuerpo, prácticas prohibidas, etc. A los efectos de nuestro análisis, nos centraremos sobre este Título y sobre el Capítulo sobre Responsabilidad, dejando fuera de consideración otros importantes elementos como los Derechos del Consumidor, también incluidos en el Proyecto.

El Art. 51, se refiere a la “inviolabilidad de la persona humana” y al derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. El artículo 52, justamente hace referencia a que la lesión a dicha dignidad humana da lugar a la responsabilidad civil, como una de las fuentes de obligaciones. Este artículo demarca los alcances de la protección: la intimidad: personal y familiar, la honra y reputación, es decir el buen nombre, el honor, el prestigio, etc. es decir aquello que vamos construyendo a partir de nuestra actividad social y familiar. También se integra con la imagen e identidad, o sea, la representación que otros se hacen de sí, y aquello que, entre otras cosas, se construye a partir de nuestra procedencia o pertenencia a una determinada cultura, tradición, etc. Finalmente, también deja abierta a puerta a cualquier otra circunstancia que de acuerdo a las particulares del caso, de algún modo se pueda considerar que existe una afectación.

En su artículo 53, establece las dimensiones del derecho a la imagen y establece la necesidad del consentimiento para captar o reproducir de cualquier modo la imagen o la voz de una persona, excepto que dicha persona participe en actos públicos, exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, nazca del ejercicio regular del derecho de informar un acontecimiento de interés general¹⁰.

Finalmente mencionaremos a este respecto el art. 55 que se refiere al consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos. Dicho artículo tiene una técnica legislativa muy mala, pues parece indicar que la regla es la disposición de los derechos personalísimos (cuestión que va en contra de toda la doctrina sobre el tema) y los límites surgen cuando es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres¹¹. Afortunadamente, la indicación sobre la no presunción del consentimiento y la interpretación restrictiva hace interpretar que la regla es la no disposición de los derechos personalísimos y la facultad de hacerlo (disponer) cuando no sea contrario a la moral, ley y buenas costumbres.

En los aspectos referidos a la responsabilidad civil, en relación a los hechos y actos jurídicos, se encuentra consagrada Libro Tercero: de los derechos personales, Título V: Otras fuentes de Obligaciones, Capítulo 1: Responsabilidad Civil. Desde los artículos 1708 en adelante. El proyecto parte desde las funciones de la responsabilidad, orientadas a: (a) la prevención del daño, (b) su reparación y (c) la disuasión mediante sanción pecuniaria. Estas resultan muy interesantes

10 Sobre esta enumeración no se indica si se trata un carácter de taxativo o no. De todas maneras, en función del artículo 55 sobre la regla de la interpretación restrictiva del consentimiento, parece indicar la taxatividad de la enumeración.

11 Dice el artículo 55: Disposición de derechos personalísimos: El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

para la interpretación y análisis de las situaciones fácticas a considerar en cada caso. Establece también, normas de prelación en la interpretación de la responsabilidad, naciendo desde las normas indisponibles del código y leyes especiales, la autonomía de la voluntad, normas supletorias de leyes especiales y normas supletorias del Código.

Desde la prevención del daño, marca un deber para toda persona, en cuanto de ella dependa: (a) evitar causar un daño no justificado, (b) el deber de adoptar de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o *disminuya su magnitud*. Si tales medidas, dice el art. 1710, 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. (c) No agravar el daño, si ya se produjo.

También se establece, una acción preventiva que se hace procedente cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. En estos casos, no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución estando legitimados quienes acrediten un interés razonable en dicha prevención.

En cuanto a la función resarcitoria, se establece desde el art. 1714 y marca el deber de reparar en base al principio general del derecho de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación. La antijuricidad de una acción u omisión nace de la no justificación de la misma, sólo justificado en casos de ejercicio regular de un derecho, defensa propia o de terceros o evitar un mal mayor. Por su parte, considera el proyecto que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro, no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad. Y en relación al consentimiento del damnificado, en los casos del consentimiento libre e informado del damnificado (siempre que no sea una cláusula abusiva) libera de responsabilidad por daños derivados de la lesión de bienes disponibles, con lo que no es aplicable a los derechos personalísimos.

En relación a los factores de atribución de un daño, pueden basarse en factores objetivos o subjetivos, y en ausencia de normativa, el factor es la culpa. Marca que un factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. Desde un humilde punto de vista, establecer la culpa como factor establecido en ausencia de normativa específica, no parece lo más apropiado en situaciones donde la automaticidad y la impersonalidad es la regla, como ocurre en la mayor parte del contexto tecnológico.

El proyecto también marca pautas para la valoración de las conductas, estableciendo la regla de cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. La carga de la prueba de los factores de atribución corresponde a quien alega.

En cuanto a la relación causal, dice el proyecto que son reparables las consecuencias dañosas que tienen un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño, siendo

indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (salvo disposición en contrario). Estas fundamentaciones se basan en perspectivas de causalidad lineal, pero no parecen suficientes para fenómenos complejos desde los cuales, debido a la propia característica de “complejidad” emergen consecuencias no previstas por los agentes.

La normativa propuesta también establece el hecho de un tercero por el cual no se debe responder y exime de responsabilidad. Sin embargo establece que este hecho debe reunir las características de un hecho fortuito, siendo aquel que no puede ser previsto, o aún cuando lo sea, no puede ser evitado.

En relación al daño, sólo se mencionará que el daño resarcible nace cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. Su indemnización comprende, según el proyecto, la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante y la pérdida de chances. Se incluyen especialmente las consecuencias de violación de derechos personalísimos y de su integridad personal. El perjuicio debe ser directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente.

Un punto interesante para marcar, en relación a los casos reseñados en el presente trabajo, es que el art. 1770, enmarcado en la sección de “Supuestos especiales de responsabilidad”, reproduce casi a exactitud el vigente artículo 1071 bis, y en particular, cuando habla de la posible publicación de la sentencia en “el diario o periódico”, no hace ninguna referencia a otros medios tecnológicos - como es sitios de Internet-. Esto nos puede hacer pensar que no se han tenido en cuenta las situaciones planteadas.

5. Conclusiones

El sistema jurídico es un “sistema complejo”, entendiendo por tal aquel en el que los vínculos entre las partes entrelazadas crean información adicional no visible antes por el observador, cuyo resultado es el surgimiento de propiedades nuevas que no pueden explicarse a partir de las propiedades de los elementos aislados, las que se denominan propiedades emergentes (Bar-Yam, 1997).

Tal vez este puede ser un buen punto de partida para considerar la responsabilidad civil en entornos digitales. En la perspectiva de la ciencia normal [Kuhn], sabemos que a lo largo de la historia del derecho y particularmente de la responsabilidad civil, el primer nexo de causalidad y factor de imputación que vincula el hecho generador y el daño causado, ha sido el concepto de culpa. Este se puede entender como una falta o transgresión, ya sea por acción efectiva o por la omisión de actuar con la diligencia requerida por el carácter específico de la obligación. Toda esta construcción se la reconoce en la historia jurídica como derecho de autor en la responsabilidad civil, desde donde la observación está puesta en la diligencia, acción u omisión del responsable.

La historia del derecho también nos cuenta que a mediados del siglo XIX esta concepción comenzó a ser insuficiente como centro referencial imputativo en situaciones en las que la naturaleza de ciertos hechos, o su importancia social o su gravedad actual o potencial, las soluciones que planteaba el concepto no se ajustaban a la idea de justicia que la Sociedad Industrial demandaba¹². En estas circunstancias, bajo el apoyo doctrinario de Saleilles y Josserand¹³ se enunció “la existencia de un nuevo fundamento de responsabilidad, distinto al de la culpa, de carácter netamente objetivo, que consistía en sostener que quien creaba una fuente posible de daño estaba obligado a repararlo, con prescindencia de que hubiera habido culpa del agente”¹⁴. Es claro que en el fondo de la nueva construcción, que se transformaría en otra de las bases de nuestra responsabilidad civil, estaba la necesidad de dar solución a los problemas de la multiplicación de riesgos que el uso de las máquinas traía a la sociedad que avanzaba, bajo el motor del industrialismo y asentada en los paradigmas de la modernidad¹⁵.

El maestro Borda plantea que estos criterios de responsabilidad nacen ante la insuficiencia y contradicciones que surgían de las teorías basadas exclusivamente en la culpa¹⁶, lo que no implica desconocerla o negarla. Se trata de no considerarla como fundamento exclusivo de la responsabilidad, sino complementado y enriquecido por la teoría del riesgo. Dice Borda “no se trata de expulsar el sistema de la culpa, sino de instalar al lado de él al del riesgo, para la realización de *un equilibrio más perfecto entre los intereses y los derechos*”¹⁷. En la búsqueda de ese equilibrio de intereses y derechos, la mirada de los juristas se centró en la víctima y la justicia que le asiste en los casos de daño.

El medio o entorno digital tiene características de “red” que no siempre es tenida en cuenta, lo cual le da una complejidad que escapa a las consideraciones de la lógica lineal propia de la relación causal. En un contexto complejo o “complejo”, el todo es más que la suma de las partes, pues es un fenómeno que emerge de combinaciones de circunstancias dadas. Mucho más en contextos donde la automatización va abriendo espacio a la inteligencia artificial.

Ahora bien, si aplicamos la simplicidad, como una forma de abordar la complejidad, ante una situación donde, a raíz del uso no autorizado de las imágenes en contextos que causan un daño

12 Smith, Juan Carlos “Límites Lógicos del Riesgo Creado” , LA LEY 1981-B, 969

13 Citados por Brebbia, R. H. en “Responsabilidad por el riesgo creado (balance de la Teoría al cumplirse un siglo de su aparición)” LA LEY 1995-A, 815

14 Brebbia, R.H. Op. Cit.

15 Para ampliar sobre el paradigma de la modernidad y su crisis en la actualidad, ver: Olivera, N. En Busca de la Lex Retialis” . Alfa-Redi.No.115. Febrero de 2008. Disponible en: <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=10130> , y “Reflexiones en torno al sistema jurídico de la Sociedad de la Información” Revista ANALES UNLP 2008-38, 597

16 Borda, G. “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II” 6ta. Edición actualizada. Ed. Perrot. Buenos Aires, 1989. Pags. 258 y ss.

17 Josserand, citado por Borda. Op cit. La itálica es nuestra.

al buen nombre y reputación de una persona, tanto los criterios de responsabilidad teniendo en cuenta el autor, como teniendo en cuenta la víctima, nos dan resultados en los que las razones esgrimidas parecen no ser suficientes. ¿Cual es el motivo? El contexto-medio es diferente. Y ello es así tanto en la búsqueda del nexo de causalidad (objetivo o subjetivo) como en las dimensiones del daño.

En casos judiciales como los planteados, propios de estos tiempos, a partir de los proyectos referidos podrían tener mayores y mejores fundamentos que consoliden determinadas posiciones¹⁸. Sin embargo, puede ser que construcciones lógicas desarrolladas para otros tiempos no sean capaces de brindar soluciones adecuadas y justas a ciertos fenómenos que plantean las tecnologías informáticas, demandándonos la obligación de construir elementos propios de un Derecho para la Sociedad de la Información.

6. Referencias y Bibliografía

- Altalión, Marcelo "El revés del Derecho" Ed. El Derecho Tº 167, pág. 1126 y ss.
- Bauman, Z. "Modernidad Líquida", Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. - Bs. As. 2003
- Brebbia, R. H. en "Responsabilidad por el riesgo creado (balance de la Teoría al cumplirse un siglo de su aparición)" LA LEY 1995-A, 815
- Fallos de la Justicia Argentina reseñados en el artículo.
- Fernandez Delpech, H.. Jornadas de Asociación de Derecho Informático de Argentina (ADIAR) 2011.
- Giddens, A. "Sociología", Ed. Alianza Editorial S.A., Madrid, 2010
- Grossi, P., Mitología Jurídica de la Modernidad, (traducción de Manuel Martínez Neira) Editorial Trotta, Madrid, 21 (2003)
- Ghirardi, O. "Los principios lógicos y la Doctrina de la arbitrariedad en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación".
- Harvey, D. "La condición de la posmodernidad" Amorrurtu Editores, Bs. As. 1990
- Olivera, N. En Busca de la Lex Retialis". Alfa-Redi.No.115. Febrero de 2008
- Proyectos legislativos S-3812/2006, S-0209/2009 y 2668-D-2012
- Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Código Comercial de la Nación, 2012
- Smith, Juan Carlos "Límites Lógicos del Riesgo Creado", LA LEY 1981-B, 969

¹⁸ La prevención del daño -por ejemplo- y la obligación de realizar acciones que disminuyan la magnitud de un daño causado resulta un desarrollo formidable en este sentido

- Zagrebelsky, G., “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, Editorial Trotta,
Madrid, 6a edición, 109 y sig. (2005)