

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ DERECHOS PERSONALISIMOS ~ INTERNET ~ INFORMATICA ~ CORREO ELECTRONICO ~ DAÑO AL HONOR ~ DERECHO A LA IMAGEN ~ DIFAMACION ~ PRUEBA ~ PRUEBA PERICIAL ~ PERICIA ~ PRUEBA TESTIMONIAL ~ APRECIACION DE LA PRUEBA ~ FACTOR DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD

Título: La responsabilidad civil en la actividad informática. Contenidos difamatorios Online

Autor: Tomeo, Fernando

Publicado en: RCyS2010-III, 99

Fallo comentado: [Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I \(CCivyComAzul\)\(SalaI\) CCiv. y Com., Azul, sala I ~ 2009-02-19 ~ Heim, German Luis y Otro c. Zito Cono y Otro](#)

I. Introducción.- II. El caso planteado. La defensa de los demandados.- III. La sentencia de grado.- IV. Un manto de claridad.- V. La valoración de la prueba.- VI. El factor de atribución de responsabilidad.- VII. Conclusiones. La necesidad de legislación específica.

Abstract: "Merituando los dichos de la demanda y la prueba colectada en el legajo, la Sala extrajo como primera conclusión que los actores no imputaron la autoría intelectual ni material del correo electrónico a los accionados (responsabilidad subjetiva), sino que sustentaron su responsabilidad en un factor de atribución objetivo, esto es, en el hecho de ser propietarios del Ciber (de uso público) ubicado en la Estación de Servicio desde cuyo correo electrónico se habría enviado el e-mail de contenido difamatorio."

I. Introducción

El fallo que comentamos trata una cuestión de importancia para el universo jurídico de las nuevas tecnologías: la responsabilidad de los guardianes y/o administradores de la "actividad informática", esto es, de los distintos vehículos y/o plataformas de comunicación existentes en internet (en su concepción tradicional) y en la web 2.0 por afectación de derechos personalísimos, tales como el honor o la imagen personal. Si bien en el precedente que ahora analizamos [\(1\)](#) el *vehículo de conducción* del contenido difamatorio habría sido un e-mail (lo que implica no bucear en el terreno de las nuevas plataformas de comunicación on line) la resolución judicial, de indudable calidad técnica, hace camino al andar y actúa como disparador para una casuística que, estimo casi sin hesitar, no tendrá fronteras en el nuevo universo de la web 2.0.

II. El caso planteado. La defensa de los demandados

Los actores promovieron acción de daños y perjuicios contra los Sres. Cono Zito, Carlos Juan Priola y/o contra quien fuere propietario de la Estación de Servicio "Y.P.F. Zito y Priola" refiriendo que el día 19 de marzo de 2003, a la 01:53 hs., desde la casilla de correo electrónico perteneciente a la referida Estación de Servicio (ubicada en Lavalle y Cáneva de la localidad de Sierras Bayas, Provincia de Buenos Aires), se remitió a distintas casillas de correo electrónico un mensaje de contenido difamatorio vinculado a sus personas y que las injurias, mentiras y calumnias vertidas en el mensaje pusieron en duda su honorabilidad, buen nombre y prestigio, afectando sus posibilidades de obtener un trabajo en la zona.

Sostuvieron asimismo que la única prueba para fundar su pretensión *era un e-mail* enviado desde la casilla de correo existente en el Ciber sito en la Estación de servicio mencionada e imputaron a los demandados un obrar doloso y/o culposo, imprudente y violatorio de normas constitucionales.

Por su parte, los demandados negaron la totalidad de los hechos invocados en la demanda desconociendo, particularmente, la autenticidad del e-mail acompañado por los actores, como así también que haya sido enviado desde la casilla de correo del Ciber ubicado en la Estación de Servicio en cuestión, asegurando que cualquier persona, desde cualquier computadora, podía simular un correo como el que los actores habían acompañado a la demanda.

III. La sentencia de grado

La juez de grado sostuvo que los actores no habían acreditado el hecho en que fundaban la acción, esto es: (i) que el supuesto e-mail difamatorio haya sido enviado desde el ciber de propiedad de los demandados ubicado en la Estación de Servicio referida y (ii) que dicho correo electrónico pertenezca a su autoría intelectual. Para ello se apoyó en la valoración de la prueba testimonial y la prueba pericial informática de la que se desprendería que "el correo en cuestión no fue enviado desde el servidor contratado por los accionados (infovia), advirtiendo que pudo haber sido remitido desde cualquier lugar físico por cualquier usuario" (sic).

En la expresión de agravios los actores insistieron en la configuración del supuesto hecho dañoso (esto es, la remisión del e-mail desde la casilla de correo ubicada en el Ciber) y sostuvieron que resultaba aplicable al caso concreto la teoría del riesgo creado, siendo imputable a los accionados responsabilidad objetiva por desarrollar una actividad riesgosa en los términos del art. 1113 del Código Civil.

IV. Un manto de claridad

En un principio, la Excm. Cámara Provincial clarificó los términos de la demanda señalando el hecho concreto imputado a los actores y el factor de atribución de responsabilidad invocado.

Así las cosas, merituando los dichos de la demanda y la prueba colectada en el legajo, la Sala extrajo como primera conclusión que los actores no imputaron la autoría intelectual ni material del correo electrónico a los accionados (responsabilidad subjetiva), sino que sustentaron su responsabilidad en un factor de atribución objetivo, esto es, en el hecho de ser propietarios del Ciber (de uso público) ubicado en la Estación de Servicio desde cuyo correo electrónico se habría enviado el e-mail de contenido difamatorio.

V. La valoración de la prueba

El Tribunal de Alzada sostuvo que la parte actora no había probado el hecho invocado, esto es, que el supuesto e-mail de contenido difamatorio haya sido remitido desde la casilla de correo del Ciber ubicado en la Estación de Servicio en cuestión.

Para ello valoró la prueba existente en el expediente con la siguiente precisión:

En relación a la prueba pericial informática tomó en cuenta, entre otras, las siguientes conclusiones:

(i) que el servidor contratado por los accionados era "Infovía" y que desde cualquier computadora se podía enviar un e-mail con el nombre de correo que se deseara, detallando, inclusive, cuáles eran los pasos necesarios para ello;

(ii) que el e-mail en cuestión no había sido remitido desde el dominio que había sido contratado por la demandada y que el mismo podía haber sido remitido desde cualquier lugar físico y desde cualquier dominio;

(iii) que desde el año 2003 se habían realizado mantenimientos correctivos en el equipo ubicado en el Ciber, actualizándose programas y utilitarios y que esta actividad era corriente y habitual. Con este argumento, que puede leerse en extensión en la sentencia comentada, la Cámara consideró que el proceder de los titulares del "Ciber", consistente en "borrar" la información contenida en las computadoras afectadas a su funcionamiento, fue el aconsejado por los técnicos en la materia, lo que resulta usual en la práctica, por lo que en modo alguno constituía una presunción favorable a los actores en los términos del art. 163 inc. 5 del C.P.C.C.

Tal como todos conocemos, si bien la opinión de los expertos no resulta vinculante para los jueces constituyen un aporte de considerable entidad cuando se trata de una materia técnica de su especialidad que escapa a la órbita de conocimiento jurídico. Así lo entendió la Excma. Cámara del Departamento Judicial de Azul al considerar que: "*...Esas conclusiones a las que arribó el perito resultan de suma importancia en una materia de indiscutible complejidad técnica como la que nos ocupa (art. 457 del C.P.C.C.). Conforme lo tiene dicho esta Sala, "si bien es cierto que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito —técnicamente ajena al hombre de derecho— para desvirtuarla es imprescindible traer elementos de juicio que le permitan fehacientemente concluir en el error o el inadecuado uso que en el caso el perito ha hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado, ya que la sana crítica aconseja cuando no existe otra prueba de parejo tenor que lo desvirtúe, aceptar las conclusiones periciales (C.N.Civ., Sala F, 2/9/83; E.D., T. 106, p. 487; Palacio Lino E., "Derecho Procesal Civil", T. II, p. 720) (causas n° 28.243, "Palermo..." del 27.11.86. y n° 36.209 del 29.03.96., entre muchas otras)...*".

En cuanto a la prueba testimonial y el argumento sostenido por los demandados en la expresión de agravios en el sentido de que los dichos de varios testigos resultaban contestes y unívocos entre sí y complementarios de la pericia realizada, la Cámara entendió que ello no alcanzaba para rebatir el detallado análisis efectuado por la Juez de grado respecto de cada testimonio, por lo que no se abastecía la carga del art. 260 del C.P.C.C. en relación a este punto.

Al respecto sostuvo la Cámara que: "*...Debe recordarse que "la expresión de agravios constituye para el apelante una verdadera carga procesal trascendente. Que la crítica concreta está referida a lo preciso, indicado, determinado. Lo razonado, indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones. Debe precisarse punto por punto los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del "a quo", a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general, los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación" (Morello, Augusto Mario-Sosa Gualberto Lucas-Berizonce, Roberto O. "Códigos Procesales...", tomo III, pág. 351; esta Sala, causas N° 33.534 "Patronelli..." del 29/10/92; N° 34.602, "Santomauro..." del 23/02/94; N° 49.772, "Bussetti...", del 20/09/06, entre otras). Completando estas ideas con especial referencia a la prueba, se ha dicho que "...el recurrente deberá puntualizar qué medio pertinente y atendible fue desechado; cuál de los invocados resulta inexistente, impertinente o inatendible; o las probanzas cuyas fuentes hayan sido desinterpretadas, suministrando los argumentos de prueba que patenten el error y su relevancia para la suerte final de la pretensión u oposición." (Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto "La Alzada. Poderes y Deberes", pág. 25).*

VI. El factor de atribución de responsabilidad

La sentencia que comentamos efectúa un minucioso y enriquecedor análisis del factor de atribución de responsabilidad civil objetiva y, siguiendo el criterio de distinguida doctrina, destacó:

a) *Que la actividad informática es riesgosa* y que, en consecuencia, le resulta aplicable la responsabilidad objetiva instituida por el art. 1113, 2do. párrafo, 2da. parte del Código Civil, referida al riesgo de la cosa, (conf. Zavala de González, Matilde "Personas, casos y cosas en el derecho de daños", pág. 47 y stes.).

b) *Que los daños derivados de la actividad informática pueden recaer en la esfera contractual o en la extracontractual*, verificándose esto último cuando los perjudicados son terceros ajenos a la relación que vincula al proveedor con el usuario específico de un sistema de computación, tal como ocurría en este caso concreto (conf. Zavala de González, Matilde, ob.cit.).

c) Que la mera circunstancia de ser los demandados titulares del "Cíber" desde el cual se habría enviado el e-mail de contenido difamatorio (hecho que no había sido probado en el caso), no alcanzaba para imputarles responsabilidad objetiva por las supuestas consecuencias dañosas derivadas de su remisión.

Ello en atención a que *el e-mail constituía un mero soporte o elemento instrumental secundario e intrascendente frente al actuar delictuoso de su autor intelectual (arts. 1.089, 1.090 y conc. del Código Civil) y que un criterio distinto implicaría imponer a los locutorios la obligación de filtrar contenidos lo que resultaría técnicamente imposible y violatorio del derecho a la intimidad.*

Asimismo agregó el Tribunal que si bien puede reconocerse eficacia probatoria a los registros digitales, los casos jurisprudenciales existentes se verifican en el área contractual, situación distinta al caso bajo análisis que se sitúa en la órbita de la responsabilidad extracontractual.

Al respecto la Cámara sostuvo concretamente que *"...aunque se considere que la actividad informática es riesgosa, en el caso de autos no se advierte que el presunto daño padecido por los actores sea consecuencia de los riesgos propios y específicos que puede generar tal actividad. El correo electrónico en el que los actores sustentan la demanda constituyó simplemente el "soporte" (informático) sobre el que se asentó la supuesta difamación, entendiéndose por "soporte" a la cosa, de cualquier material, sobre la cual está conformado el instrumento (Rivera, Julio César "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", T. II, págs. 714 a 716). Es dable hacer notar, para corroborar acabadamente lo expuesto, que el mismo mensaje podría haberse hecho llegar a la empleadora de los actores y a los supuestos restantes destinatarios mediante cualquier otro medio, tales como cartas que se hicieran llegar por correo postal, o a través de un "cadete", o simplemente dejadas debajo de la puerta, o mediante grabaciones telefónicas emitidas desde un teléfono público, etc..., etc... De modo, pues, que no se configura la "efectiva incidencia causal" a la que antes hacíamos referencia entre la utilización del correo electrónico y el daño presuntamente sufrido por los actores, ya que la persona que los habría difamado podría haber recurrido a cualquier otro medio para consumir sus fines...."*

Asimismo agregó el vocal preopinante, Dr. Esteban Louge Emiliozzi que *"... No paso por alto que —tal como lo sostienen los recurrentes— la doctrina y la jurisprudencia más recientes vienen procurando reconocer la eficacia probatoria de los registros digitales, aún en los casos en que no se cuentan con todos los elementos requeridos para la aplicación de la ley 25.506 de firma digital (Eduardo Molina Quiroga, "Documento y firma electrónicos o digitales", La Ley del 10.11.2008, pág. 1 y sig.). Sin embargo, los casos registrados por la jurisprudencia se verifican en el área contractual, en cuyo ámbito el documento digital o electrónico cumple las funciones de forma y prueba del acto jurídico, tal como queda reflejado en el trabajo citado. Es más, en la mayor parte de esas relaciones es una de las partes (en algunos casos organismos oficiales) la que "obliga" o al menos "invita" o "estimula" a la otra a utilizar estas vías, tal como ocurre con la tarjeta de crédito, los cajeros automáticos, la posibilidad de realizar operaciones bancarias mediante medios electrónicos ("home banking"), el pago de tasas, impuestos, servicios, etc... a través de estas vías, por lo cual, ante este dato insoslayable de la realidad, sería manifiestamente injusto negar todo valor probatorio a los asientos electrónicos o informáticos. Sin embargo, fácilmente se advierte que la situación es distinta en este caso, ya que no estamos situados en el ámbito contractual sino en el extracontractual, más precisamente frente a la remisión de un presunto mensaje injurioso, y, en ese marco, la utilización del correo electrónico constituyó un mero elemento instrumental que resulta secundario e intrascendente frente al actuar delictuoso de su autor intelectual (arts. 1.089, 1.090 y conc. del Código Civil) yque no puede dejar de advertirse que una solución distinta conllevaría a exigir a todos los propietarios de "cibers" o locutorios que cuentan con computadoras que controlen el contenido de todos los e-mails que se envían desde los mismos, tarea que debería ser llevada a cabo personalmente, ya que no existe "filtro" o programa alguno que pueda hacerla. Ello no solo es de cumplimiento imposible sino que resultaría violatorio del derecho a la intimidad (arts. 19 de la Const. Nac., 12 inc. 5to. de la Const. Prov., 1071 bis del Código Civil)..."*

VII. Conclusiones. La necesidad de legislación específica

El caso que nos ocupa, aún no resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, nos permite plantear distintos interrogantes que no cuentan con una respuesta legislativa específica.

El fallo pone el acento en la "actividad informática" y en los riesgos que ella conlleva. Ahora bien, ¿qué actividades podemos incluir en la gran bolsa de la llamada "actividad informática"?, por cierto, riesgosa.

La respuesta es amplia: dentro de dicha actividad se puede distinguir la de los Buscadores de Internet (Google, Yahoo, Lycos, Alta Vista, MSN, entre otros); la de las redes sociales (Facebook.com, Sonico.com, MySpace.com, Twitter.com, hi5.com, Orkut.com, etc.); la de las redes profesionales (LinkedIn.com); la de los grupos de opinión en foros y redes sociales y la intensa actividad de los Blogs, muchos de ellos, como distintas manifestaciones de la web 2.0. Ninguna de estas actividades ha sido legislada en la República Argentina. Sin perjuicio de ello, los casos jurisprudenciales se multiplican.

A modo de ejemplo, en relación a los Buscadores de Internet, en el mes de julio de 2009, se dictó la primera sentencia en materia de responsabilidad civil (2). Al respecto hemos señalado anteriormente la necesidad de legislar sobre esta materia específica (3) ya que, ante la orfandad legislativa, los jueces únicamente cuentan con normas de responsabilidad civil para darle solución a los casos que se plantean.

En relación a los sitios web en particular, un precedente mas antiguo de la Provincia de Jujuy (4), hizo lugar a una demanda interpuesta por los integrantes de un matrimonio, quienes se vieron afectados por el contenido de mensajes injuriosos que aparecían en un sitio web (página web Jujuy.com), que aludían a una relación extramatrimonial de la mujer provocando sentimientos de humillación en ambos cónyuges. En el caso se demandó al sitio y a sus creadores. Los magistrados plantearon una analogía con la problemática de los delitos cometidos vía televisión o prensa oral/escrita ya que se observaba la existencia de un autor de la opinión (y del mensaje) y de un editor o difusor y condenaron a los demandados por daño moral. En relación al factor de atribución de responsabilidad el Tribunal interviniente sostuvo que "... acreditando el hecho ilícito, la responsabilidad de los accionados resulta incuestionable, a mérito de los dispuesto por el art. 1113, 2da. Parte, 2 párrafo del Código Civil, toda vez que se determina responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, o, como sostienen algunos juristas, la responsabilidad por la actividad riesgosa de la empresa..." agregando asimismo que "...para afirmar la responsabilidad de un servidor por la difusión de contenidos penalmente ilícitos, debe probarse una conducta positiva, que participó activamente de otro (colaboró en la conformación de contenido) o que omitió hacer lo que debía hacer (conociendo el carácter ilícito de los contenidos y pudiendo evitar su difusión, no lo hizo). En el caso de autos al ingresar a la pagina WEB de JUJUY.COM se observa una leyenda que reza: "pedimos moderación en las expresiones vertidas ya que no es nuestra política censurar ningún mensaje, pero si su contenido es inconveniente para otras personas que visiten esta sección nos veremos obligados a borrarlos. Muchas Gracias" (v. f. 20). Ello delata la omisión incurrida, toda vez que los mensajes no fueron retirados hasta la recepción de la carta documento que luce a fs. 4...".

La sentencia que ahora comentamos considera al e-mail como un "mero soporte informático" sobre el cual se asentó el supuesto contenido difamatorio. ¿Podemos aplicar el mismo criterio a una plataforma de la web 2.0 como, por ejemplo, You Tube? La respuesta negativa se impone y la solución legal puntual no aparece visible.

En Europa y en los EE.UU ya se ha avanzado en este sentido mientras que en nuestro país la labor legislativa aún no ha tenido la oportunidad de un mínimo debate. Esperamos que el año 2010 permita el tratamiento de estas cuestiones en el Congreso Nacional de manera tal de "no llegar tarde" a las situaciones que, con diaria celeridad, se están suscitando en la práctica profesional.

(1) Sentencia (aún no firme) dictada en autos caratulados "Heim, Germán Luis y otro c/Zito Cono y otro s/Daños y Perjuicios" (causa N° 52.489), de fecha 19-2-2009, Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul, Provincia de Buenos Aires.

(2) Ver fallo dictado por la Dra. Virginia Simari, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número 75, de fecha 29 de julio de 2009, en autos caratulados "Da Cunha, Virginia c/Yahoo! de Argentina S.R.L. y otro s/daños y perjuicios" —Expte. 99.620/06— (sentencia no firme). La referida magistrada hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios promovida por la modelo, cantante y actriz Virginia Da Cunha (ex integrante del grupo musical "Bandana"), condenando a los buscadores Google Inc y Yahoo! de Argentina S.R.L a abonarle la suma de \$ 100.000 en concepto de daño moral por el uso indebido y no autorizado de su imagen personal.

(3) Ver artículo de doctrina: "Responsabilidad de los Buscadores de Internet", por Fernando Tomeo y Roberto Abieri, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, diciembre de 2009, pag. 66/70.

(4) Autos " S.M. y otro c/Jujuy Digital y/o Jujuy.com y otros s/daños y perjuicios"; Cámara Civil y Comercial de San Salvador de Jujuy, Sala 1°, 30-6-2004.