

**PERSPECTIVAS PREVENTIVAS Y  
PREPARATORIAS DEL DAÑO INFORMÁTICO  
ASPECTOS RELEVANTES**

*Maximiliano Calderón\**

*María del Pilar Hiruela\**

Sumario: I. Cuestiones preliminares. II. Aspecto preventivo del daño informático. III. Aspecto reparatorio del daño informático: A) Aclaración previa. B) Criterios atributivos de responsabilidad. 1. Naturaleza de la actividad informática. 2. El artículo 1113 del Cód. Civ. y la actividad informática como actividad riesgosa. 2. 1. Postura incluyente. 2. 2. Postura excluyente. IV. Nuestra opinión. V. Conclusiones.

## **I. Cuestiones preliminares**

La concepción del daño como elemento axial del sistema de responsabilidad civil se encuentra fundada en un supuesto científico-jurídico y lógico fundamental, tal es la comprensión unitaria de las lesiones jurídicamente relevantes, estructurada a partir de la idéntica configuración de tales daños en cuanto a sus presupuestos y elementos constitutivos; no es entonces sino una derivación de pura lógica el afirmar que, al hablar de daño informático, tenemos

---

\* Ayudantes alumnos en la Cátedra de Derecho Civil II de la Universidad Católica de Córdoba

que tomar como *prius* conceptual la idea de daño en un sentido en todo idéntico al empleado para cualquier otra forma de menoscabo jurídico que entre en la definición propuesta por nuestro sistema normativo. De tal manera, es preciso formular dos afirmaciones: en primer lugar, debemos señalar que el daño informático responde estructuralmente a todas las características propias del daño genéricamente considerado, lo cual posee la trascendente virtualidad de sujetar la figura en cuestión a la totalidad de los principios comunes y generales del régimen civil de responsabilidad; en segundo lugar debemos recordar, pese a lo antes dicho, que la existencia de una forma particularizada en la causación del daño (utilización de medios automáticos para el tratamiento de la información), justifica plenamente el tratamiento específico del problema encarnado por la dualidad informática-derecho, empleando una adaptación metodológica y sistémica al objeto de estudio, que conlleva la pretensión de aprehender la real naturaleza del problema, evitando posturas reduccionistas o negativistas.

Cabe aclarar, antes de continuar, que el análisis a realizarse se adapta a la clasificación acorde con el criterio genético, que distingue según la concurrencia o no de las voluntades en la configuración de una declaración de voluntad común, en cuanto acto-fuente de la obligación reparatoria, entre responsabilidad contractual y extracontractual. Tal categorización responde esencialmente a criterios pedagógicos que adquieren relevancia a partir de nuestro régimen normativo, que formula una concepción aparentemente dicotómica de tales especies de responsabilidad, pese a lo cual, en el orden de los conceptos, no es posible establecer diferencias de esencia que legitimen tal dualismo de normas, siendo por otra parte discutible la composición escindida del régimen del daño y su reparación en nuestro Código, motivo por el cual es preciso tener en cuenta que la pureza de las ideas, e incluso algunos atajos legales (por caso la opción condicionada del art. 1107, Cód. Civ.), nos imponen no olvidar que, tal como lo afirma la doctrina, la clasificación por nosotros receptada es principalmente metodológica, deriva necesariamente de la ley pero sin producir alteraciones en el

ser esencial de las cosas. Tomando en cuenta lo anterior, por razones temáticas, nuestro análisis se circunscribe a la responsabilidad calificada como extracontractual.

## II. Aspecto preventivo del daño informático

Con un planteamiento análogo al sistema sanitario, el derecho de daños ha producido en su evolución histórica una variación en cuanto a la jerarquía de sus principios: si en medicina la prevención de las patologías resulta en la actualidad el arma más idónea con la que cuenta en su labor, en materia de responsabilidad civil el principio de prevención constituye el medio sin duda más beneficioso para combatir la causación del daño, en desmedro del principio de la reparación plena, que pese a su singular importancia en el ámbito resarcitorio, cede ante la alternativa de lograr el "restablecimiento del adversario a la situación que era suya antes de que el golpe de fuerza haya sido perpetrado". Conforme a estos lineamientos que privilegian la posibilidad de evitar el daño, frente al clásico sistema recompositivo o compensatorio, la moderna doctrina (Santos Briz, De Cupis, Stiglitz, Saux) y variados ordenamientos del Derecho comparado (Código Procesal Civil francés, Código Procesal Civil italiano, etc.), postulan el cambio de dirección que debe receptarse legislativamente al generar un mayor espectro de medios procesales orientados a esta etapa predañosa, con el objeto de evitar o disminuir las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de ésta.

Por otra parte, la singular relevancia económica propia del fenómeno informático (que lo convierte, en materia industrial, en la tercera actividad mundial en importancia con relación a los montos facturados), sumada a la generalización del empleo de ordenadores en todos los ámbitos de la sociedad, tiene como consecuencia la necesidad aún más imperiosa de enfatizar el aspecto preventivo de la responsabilidad, a los efectos de evitar crisis financieras en las empresas responsables de una reparación, que

terminen generando inconvenientes de gravedad en la economía nacional, y sobre todo, en la estructura social y laboral. La justificación del daño por fundamentos economicistas o de mercado, el criterio de distribución social del costo, y otros postulados de la Escuela del Análisis Económico del Derecho, no pueden ser aceptados en su sentido originario por cuanto importan una desnaturalización de la esencia misma del Derecho (que debe ser, en nuestra opinión, la misma cosa justa), no obstante lo cual una visión que rechace en forma absoluta la necesidad de considerar tales expresiones, cuanto menos a los efectos de evitar desequilibrios evidentes en una economía, tampoco resulta una línea de pensamiento que tenga posibilidades de éxito en la ingeniería social que corresponde por antonomasia al Derecho. Desde estas perspectivas, no es difícil notar las sensibles diferencias entre la dañosidad individual generada a un damnificado por la actividad de una empresa que conlleva igualmente un perjuicio (aunque en ese caso no sea injusto, sino el resultado de la legítima obligación resarcitoria) para la segunda, agente del daño, en cuanto comporta una alteración de trascendencia patrimonial con efectos transitorios dirigidos a la economía global, con respecto a la posibilidad de evitar todo perjuicio a una y otra parte, salvaguardando los intereses de la víctima potencial, de la empresa, y de la sociedad genéricamente considerada. Sintetizando, nos parece indudable —que es mucho más preferible— evitar todo daño posible (dentro de las posibilidades lógicas), antes que generar simultáneamente lesiones individuales, déficit empresariales y crisis sociales.

A tenor de lo expuesto anteriormente, proponemos (sin una pretensión de agotar las alternativas) las siguientes vías jurídicas, en cuanto resultan idóneas para la realización del principio de prevención: el control estatal de la actividad informática (mediante la creación de un registro específico relativo a las redes y bancos de datos, que consiga expresamente el fin que tales persiguen y los datos que pueden contener; siendo complementario de esto, la constitución de una autoridad de aplicación facultada para habilitar,

regular y oportunamente cancelar determinadas inscripciones registrales); la articulación procesal de acciones protectivas (tales como el "habeas scriptum", que tiende a la necesidad de notificación previa al interesado de los datos que a él conciernan y que hayan de ser introducidos en el banco de datos; la "acción de oposición" a la introducción de datos sensibles propios en un registro, procedente incluso habiendo autorización expresa a los organizadores de tal banco para incluir en él otros datos diversos —no sensibles—; el "habeas data", concebido a los efectos de apertura, corrección y eventual supresión de datos registrados o de la registración misma, art. 43, C.N.).

En relación a los seguros obligatorios, es necesario tomar en consideración previamente la naturaleza de la responsabilidad que recae sobre los operadores informáticos, particularmente en cuanto a la calificación de riesgosa que puede recibir la actividad subexamine, por cuanto sólo es justificable la instrumentación imperativa de seguros preventivos con respecto a actividades con elevadas potencialidades de producción de daño, que por otra parte, y según autorizada doctrina, responderían objetivamente por el mero hecho del carácter de asegurable que ostentan los hechos que constituyen su objeto operativo

### **III. Aspecto reparatorio del daño informático**

#### **A) Aclaración previa**

La composición sistemática de este apartado, que pretende condensar la actuación jurídica derivada de la concreción real y efectiva de un daño resarcible, parte del esclarecimiento conceptual referente a los factores atributivos de responsabilidad, asentando tal problemática en la naturaleza de la actividad informática, en la de los datos que en cada caso en particular pertenezcan al tráfico de información, y en la legitimidad particular observada para operar con éstos, para luego apuntar propiamente a una reparación.

## **B) Criterios atributivos de responsabilidad**

### *1. Naturaleza de la actividad informática*

Como aspecto preliminar a la consideración de la forma de atribuir responsabilidad en razón de un daño informático, es menester determinar si el carácter que la actividad informática reviste constituye de suyo una actividad riesgosa, o si por el contrario no genera más posibilidades de daño que una actividad de riesgo estándar o medio.

Considerar riesgosa una actividad no es el resultado de que de ella, en alguna oportunidad, se hubiera derivado un daño, sino que es necesario que la posibilidad de que se produzcan o reproduzcan perjuicios aparezca como un componente necesario y observable a priori con relación al contenido de tal actividad. En tal sentido, siguiendo la línea de razonamiento de Goldemberg, encontramos el factor caracterizante de la peligrosidad de una actividad en la previsibilidad de la generación de daños, conforme al parámetro legal del curso natural y ordinario de las cosas (art. 901, primera parte, Cód. Civ.).

Creemos con Busnelli que la determinación del riesgo con relación a la informática debe seguir un criterio mixto, que incluye la consideración del objeto materia del tratamiento informático (que debe ser entonces susceptible de un perjuicio regularmente causable), tanto como el tratamiento del medio automático de procesamiento de datos (que dando al daño eventual su carácter de propiamente informático, resulta instrumentalmente una forma adecuada para generar y sobre todo para amplificar y difundir efectos lesivos de derechos personales).

Consideramos entonces que, para revestir el carácter de actividad peligrosa, la informática (que resulta de por sí una suerte de caja de resonancia en la producción de daños) debe tener por objeto información cuyo tratamiento erróneo o no autorizado implica la intrínseca posibilidad de lesión a un derecho subjetivo.

### *2. El artículo 1113 del Cód. Civ. y la actividad informática como actividad riesgosa*

Nuestro Código Civil, a partir de las modificaciones que lo afec-

tan, contiene en el art. 1113 la referencia directa al riesgo o vicio de la cosa como factor objetivo de atribución de responsabilidad; siendo que frente a su texto se han planteado variadas interpretaciones acerca de la inclusión o no en dicha norma de la actividad riesgosa (lo cual tiene consecuencias prácticas, pues si la encontramos incluida, la responsabilidad por daño informático podrá imputarse en razón del factor riesgo, mientras que de excluirla será necesario buscar otros medios de atribución), se torna necesaria la adhesión a una u otra posición, sobre la base de los argumentos por éstas brindados.

Hemos hallado principalmente dos posturas antagónicas con respecto a la cuestión, a saber:

### 2. 1. *Postura incluyente (Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Zavala de González)*

A partir de una interpretación extensiva del texto legal del art. 1113, la actividad riesgosa se entiende incluida en el precepto, por cuanto la generación de riesgo no responde exclusivamente a la cosa en sí, sino también al uso que de ella se hace, a las actividades a la que se destina, "a una combinación de elementos humanos, mecánicos y materiales" (Zavala de González). Por otra parte, existe jurisprudencia laboral que acepta tal inclusión (Cámara Nacional del Trabajo en pleno), y los proyectos de reforma del Código Civil de 1987 (art. 1113) y del poder ejecutivo de 1993 (art. 1590) hacen lo propio asumiendo el sentido legislativo orientado por el Código peruano (art. 1970), boliviano (art. 998), italiano (art. 2050) y portugués (art. 493), entre otros.

### 2. 2. *Postura excluyente*

Si bien a nivel de expresión de deseos resulta un principio loable por su rectitud científica, esta postura afirma que la inclusión antedicha importa, desde un plano estrictamente legalista, una lectura forzada y desnaturalizante del precepto. Partiendo de tal postura general, la conclusión primera que se deriva de esta línea

hermenéutica consiste en la necesidad de analizar, prescindiendo del factor "riesgo o vicio de la cosa", las diversas alternativas que puedan resultar atributivas de responsabilidad, y es aquí donde los seguidores de este modelo excluyente dividen sus opiniones:

**Línea subjetivista:** encabezada por el Dr. Bustamente Alsina, señala que la naturaleza de los medios técnico-informáticos resulta meramente instrumental, siendo en definitiva la actividad del hombre la que, utilizando tales medios en uno u otro sentido, configuran una acción que es propiamente la que debe considerarse a los efectos de atribución de responsabilidad. En cuanto al sustento normativo de esta corriente, se señala como fuente de la ilicitud genérica el art. 1109, Cód. Civ., y como fuente de la ilicitud específica el 1071 bis, integrados a partir de la herramienta imputativa incluida con relación a los daños causados con las cosas, prevista en el art. 1113, y establecida en el sentido de responsabilidad de origen subjetivo con presunción de culpa.

**Línea categorizante de la responsabilidad emergente:** sostenida por el Dr. Parellada, se caracteriza por omitir criterios unívocos de atribución, en cuanto formula variadas hipótesis de responsabilidad diferenciadas según los principios que expondremos a continuación, indicando para cada caso especiales formas de atribución. Tal categorización tiene como base o punto de partida la distinción en varios niveles de información con respecto a la mayor o menor vinculación que los datos que la componen posean con relación a una persona humana en particular, y los atributos que ésta posea; así, tenemos los datos "no nominativos", que no permiten identificar la persona a la cual se refieren, y los "nominativos", que son idóneos para hacerlo, siendo que estos últimos pueden ser "sensibles" o "no sensibles" según se refieran o no a los derechos esenciales del hombre, principalmente a los derechos de identidad e intimidad.

El autor mencionado acepta que con relación a cualquier clase de datos puedan causarse daños, pero (ya aproximándonos al centro del asunto) adopta un elemento más de análisis: partiendo de

la distinción entre los distintos datos, estudia conforme a cada caso la legitimidad del manejo que de éstos se haga, siendo en definitiva éste el criterio que permite diferenciar los factores de atribución procedentes. En el caso de tratamiento informático de datos no nominativos, éste será legítimo en cuanto la registración en un banco sea correcta y autorizada, y su inclusión en redes sea consentida y no exceda el regular ejercicio de tal consentimiento, motivo por el cual la responsabilidad es subjetiva, por derivarse los potenciales daños no de la naturaleza de la actividad sino de las irregularidades que en su realización sean imputables a los operadores del sistema computarizado en cuestión. En cuanto a los datos nominativos no sensibles, el problema del ingreso y egreso de los mismos con respecto a un banco de datos sigue la regla de legitimidad como equivalente a autorización, mientras que en cuanto al error en los mismos, señala Parellada tres posturas doctrinarias: la propia, según la cual se trata de una imputación subjetiva con inversión de la carga probatoria; la de Vázquez Ferreyra, que admite el carácter objetivo cuando provenga el error de un mal funcionamiento de la máquina, y la de Guastavino, quien señala el carácter subjetivo encuadrable en la segunda parte del 1113, esto es con presunción de culpa, criterio semejante al de Parellada, pero que éste rechaza al afirmar que basta para excusar la responsabilidad la prueba del tenedor de la base de datos de la oportuna realización de diligencias destinadas a evitar el error en el ingreso de información.

Por último, y tratando los datos nominativos sensibles, no sólo que por su naturaleza toda operación que con ellos se realice caerá en la esfera objetiva de responsabilidad, sino que también es dable recordar que la doctrina coincide en señalar que, en cuanto sensibles (por la relativa indisponibilidad de los derechos personalísimos a que éstos se refieren), serían en principio datos no procesables, lo que extrema la rigurosidad interpretativa de la autorización dada para su utilización y destino, y disminuye las facultades excepcionales del agente dañoso.

### **C) Criterios para la reparación del daño informático**

Esclarecida la forma de atribuir responsabilidad, es necesario referirse a los medios procesales idóneos para dotar de dinámica a la reparación resultante de tal generación de daños, encontrando los mismos en la acción ordinaria de reparación civil, idéntica a la empleada en otros casos de perjuicios, y que (lamentablemente) deberá tramitarse (al menos en las provincias de Córdoba y Buenos Aires) por el juicio ordinario, y en la acción de amparo de la información propia o "habeas data", receptada por nuestra Constitución Nacional, en su art. 43, con un sentido rectificatorio de datos, de oposición a la apertura de registros, y de supresión de los mismos. Con respecto a la reparación civil, al ser ésta necesariamente plena, comprende igualmente el daño material (art. 1068, Cód. Civ.) y el moral (art. 1078, Cód. Civ.), aunque entendemos que la segunda modalidad de daño (esto es, el moral) debe en cierta medida presumirse cuando la afección recae sobre derechos personalísimos, puesto que éstos se caracterizan por ser de objeto interno, y remitirse directa e inmediatamente a la persona misma de la cual son inherentes e inseparables, resultando entonces necesaria la procedencia de una afectación en tal sentido.

### **IV. Nuestra opinión**

Concluyendo nuestro análisis, consideramos válido plantear nuestra opinión con respecto a la totalidad de las cuestiones sobre las que discurriéramos anteriormente. Así, debemos señalar nuestra adhesión a la pacífica doctrina según la cual el daño informático no es una forma autónoma de perjuicio, sino que se encuentra incluido o comprendido estructuralmente en el concepto genérico de daño, pero presentando particularidades que justifican su tratamiento específico.

Igualmente, adherimos a la línea preventista de los daños, en cuanto apunta notoriamente a disminuir la gravosidad que un perjuicio genera, no sólo respecto del damnificado, sino también con

relación al causante, en la medida de las derivaciones sociales que una excesiva reparación importaría (aplicando la regla de costo-beneficio), sea por la distribución de la reparación en sus costos, sea por la afectación de la economía nacional (retiro de capitales, supresión de fuentes de trabajo, etc.). Respecto de la responsabilidad emergente con motivo de la causación efectiva de un daño informático, entendemos que el problema se resuelve en el ámbito del carácter riesgoso que la actividad informática reviste, lo que trasciende en un sistema objetivo de atribución de responsabilidad.

En cuanto a la afirmación de que el artículo 1113, Cód. Civ., sólo alude al riesgo de la "cosa", creemos inconsecuente una interpretación taxativa (casi buscando figuras típicas) dentro de un régimen normativo que se asienta en la plenitud y completitud de la ley civil, apoyándose en el principio de la interpretación analógica (art. 16, Cód. Civ., condensado en el adagio romano "ubi idem ratio, ibi idem dispositio"), por cuanto privilegiaría la defensa de una interpretación textual que podría contrariar los criterios de justicia que imponen el igual tratamiento a iguales situaciones, siendo que no se advierten mayores diferencias entre el riesgo (concebido como potencialidad intrínseca para la causación de daños) que pueda poseer una cosa, y aquél propio de una actividad. En cuanto a la postura del maestro Bustamante Alsina, entendemos que omite analizar la verdadera potencialidad dañosa (y amplificación correlativa del daño) que reviste el medio informático, siendo que, aun si fuera un mero instrumento, sería un instrumento riesgoso; por su parte, nos parece objetable el sistema clasificatorio introducido por Parellada que, pese a ser prolijo e ingenioso, olvida que la atribución de responsabilidad no se vincula tanto a la materia objeto de daño como al medio (y la relación del autor con éste) que opera en forma lesiva, siendo que sus constructos jurídicos resultan innecesarios si nos atenemos al componente riesgo, inherente, a nuestro entender, a la informática.

## V. Conclusiones

1) El daño informático se encuentra comprendido estructuralmente en el concepto genérico de daño y, por tanto, está sujeto a los principios generales de la responsabilidad civil, aunque por sus particularidades se encuentra justificado un tratamiento específico.

2) Conforme a modernas tendencias del derecho de daños, es necesario enfatizar el aspecto preventivo de los perjuicios potenciales derivados de la actividad informática, por lo que resulta singularmente relevante la referencia a los medios procesales idóneos a tal fin (creación de registros públicos y respectiva autoridad de aplicación, acciones de habeas scriptum y habeas data, etc.).

3) Siendo una actividad peligrosa, la operatoria informática encuadra en el supuesto del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Cód. Civ., imputando una responsabilidad de carácter objetivo a partir del factor riesgo.

4) La dinámica de la reparación supone una referencia a los medios procesales adecuados a tales efectos, siendo viables, en nuestro sistema normativo vigente, la acción ordinaria de reparación civil y la acción de habeas data.

5) En materia de reparación civil, y estando referido el daño a un derecho personalísimo, la acreditación de la existencia de daño moral surge de la misma naturaleza del derecho lesionado, que al ser de objeto interior e inmediatamente referido a la persona, conlleva necesariamente una vinculación con el aspecto moral de la misma.

6) Como propuesta *extra legem*, creemos apropiada la generación de normas específicas para la actividad informática, a los procedimientos para la reparación de los daños que de ésta resulten, y los sistemas de control impuestos por el Estado, siguiendo un criterio suficientemente amplio como para no verse prontamente desbordado por el progreso tecnológico.

## Bibliografía

- ALTERINI, ATILIO – AMEAL, OSCAR – LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.
- BERGEL, SALVADOR, “Informática y responsabilidad civil” en *Informática y derecho. Apuntes de doctrina internacional*, Bs. As., Depalma, 1988.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.
- CIFUENTES, SANTOS, *Elementos del derecho civil. Parte general*, Bs. As., Astrea, 1992.
- Código Civil argentino, Bs. As., Zavalía, 1995.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1996.
- Constitución de la Nación Argentina, Bs. As., Zavalía, 1995.
- CÓRDOBA, JORGE – SÁNCHEZ TORRES, JULIO, *Derechos personalísimos (o de la personalidad o iura in persona ipsa)*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1996.
- CORREA, CARLOS – NAZAR ESPECHE, FÉLIX – CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA – BATTO, ILDA, *Derecho informático*, Bs. As., Depalma, 1994.
- FALCÓN, ENRIQUE, “El derecho informático” en *Jurismática* N° 5/6, *Revista Jurídica Informática*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Curso de obligaciones*, t. 2, Córdoba, Advocatus, 1994.
- PARELLADA, CARLOS, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Bs. As., Astrea, 1990.
- Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92, Bs. As., Astrea, 1993.
- Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Proyecto de ley separata del C. C., Bs. As., 1988.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “La noción de actividad riesgosa en el proyecto de Código Civil”, en *JA*, 23/3/88.