

Reflexiones en torno a la responsabilidad civil en la Revolución Industrial 4.0

Desafíos de la normativa sobre prevención y reparación del daño en la Argentina digital 4.0

Emiliano Lamanna Guiñazú

*Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho,
CABA, Argentina*

✉ emilianolamanna@uca.edu.ar



Fecha de recepción: 8/11/2019 - Fecha de aceptación: 20/02/2020

Cómo citar este artículo: Lamanna Guiñazú, E. (2020). Reflexiones en torno a la responsabilidad civil en la revolución industrial 4.0. Desafíos de la normativa sobre prevención y reparación del daño en la Argentina digital 4.0". *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 87-124. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566 DOI <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a05>

Resumen: El presente artículo se enmarca en los estudios sobre la responsabilidad civil y, en particular, sobre la reparación de daños en el contexto de la revolución industrial 4.0 en Argentina. En tal sentido se pretende discutir el derecho a la intimidad y el derecho a la información en un contexto de desafíos tecnológicos constantes.

Palabras clave: desafíos tecnológicos; responsabilidad civil; daño injusto; derecho a la información; derecho a la intimidad.



Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

Thoughts on civil liability in the Industrial Revolution 4.0.

Challenges from the rules on damage preventing and repairing in digital Argentina 4.0

Abstract: This paper is part of a research Project on civil liability and, more specifically, about damage repairing in digital age 4.0 in Argentina. This way, we aim to discuss the right to intimacy and to information in a context of constant technological changes that challenge legal systems.

Key words: technological challenges; civil liability; damages; right to information; right to intimacy.

Reflexões relativas à responsabilidade civil na Revolução Industrial 4.0.

Desafios do regulamento de prevenção e reparo de danos na Argentina digital 4.0

Resumo: Este artigo faz parte dos estudos sobre responsabilidade civil e, em particular, sobre a reparação de danos no contexto da revolução industrial 4.0 na Argentina. Nesse sentido, a intenção é discutir o direito à privacidade e o direito à informação em um contexto de constantes desafios tecnológicos.

Palavras chave: desafios tecnológicos; responsabilidade civil; dano injusto; direito à informação; direito à privacidade.

En la Era de Internet, el orden mundial con frecuencia se ha equiparado con el postulado de que si la gente tiene la posibilidad de acceder a intercambiar libremente la información global la pulsión humana natural hacia la libertad echará raíces y se autosatisfará, y la historia funcionaría con piloto automático, por decirlo así. Pero los filósofos y los poetas han separado hace ya mucho tiempo en tres componentes el dominio de la mente: información, conocimiento y sabiduría.

Internet se centra en el ámbito de la información, cuya propagación facilita exponencialmente. Se diseñan funciones incluso más complejas, incluso capaces de responder a cuestiones de hecho que, en sí mismas, no sean alteradas por el paso del tiempo. Los motores de búsqueda pueden manejar cuestiones crecientemente complejas en creciente velocidad. Pero el exceso de información, por paradójico que parezca, puede inhibir la adquisición de conocimiento y apartar la sabiduría todavía más lejos de lo que estaba antes.

Kissinger, H., Orden Mundial ⁽¹⁾

1. Introducción: ¿hacia la Segunda Domesticación del Fuego?

En su polémico libro *Homo Deus*, Yuval Noah Harari contempla un espectro de tiempo donde las “nuevas” bondades que trae consigo la humanidad tecnológica –como la ausencia de guerras, pestes y hambrunas– han llegado para quedarse, declarando al planeta extinto de tales (y cruciales) eventos disruptivos

(1) Kissinger, H. (2014). *Orden Mundial*. Buenos Aires: Debate, p. 350.

negativos (Harari, 2016).⁽²⁾ Daría para festejar si uno no siguiera leyendo el libro de Harari, pues plantea una humanidad que marcha, con paso decidido, a la automatización de todas las cosas. Ello traería aparejado una sociedad, tan deslumbrante como ajena a nuestros “pesares” humanos. Tecnologías que, dada la falta de operatividad de “lo humano”, decidieran no “vivir” más con nosotros. Sí, acertó, todas estas maravillas estarían llegando en estos días.⁽³⁾ No parece necesario agregar nada más. ¿O sí? Veamos.

Lejos de someternos a la pesadilla de un *progrum* masivo y universal, que todavía parece ser parte de una literatura imaginativa, lo que asusta, lo que verdaderamente atemoriza, es que hoy está pasando una buena parte de lo que antes imaginábamos.

En efecto, aun cuando todavía no es tiempo de ver tránsito atascado en las alturas, si vemos automatizados servicios que antes irrogaban días o semanas realizarse o producirse. La pregunta más insistente que deberíamos hacernos los humanos, sería esta: ¿en qué momento ocurrió? Luis Iñigo Fernández (2013) nos acerca material y una base teórica interesante. No solo por lo clarificador de su relato sino también por la precisión y transversalidad de su exposición, donde la innovación juega un rol crucial.⁽⁴⁾

Parece necesario, entonces, que lejos de atemorizarnos por un futuro/presente amenazante y deshumanizado, nos planteemos los avances en movimiento constante. Ello, aun cuando los cambios nos produzcan un lógico vértigo pues, como ya se ha dicho, los avances en estos últimos 200 años equiparan con creces lo

(2) “Es probable que en el futuro haya epidemias importantes que continúen poniendo en peligro la humanidad pero solo si la propia humanidad las crea al servicio de alguna ideología despiadada. Es probable que la época en la que la humanidad se hallaba indefensa ante las epidemias naturales haya terminado. Pero podríamos llegar a echarlos en falta” (Harari, 2016, p. 25).

(3) “Mientras se leen estas líneas, la evolución disruptiva de Internet 4.0 avanza indetenible. Este mundo tecnológico no se trata solamente de un lenguaje binario de 1001001, sino de experiencias personalizadas donde los individuos sin darse cuenta, han comenzado a formar parte de la era donde se habla de la cuarta revolución industrial, big data, machine learning, la nube, marketing digital, inteligencia artificial y las comunicaciones móviles”. *Blog Efiempresa*. Disponible en: <https://efiempresa.com/blog/efiempresa-evolucion-disruptiva-de-internet-4-0/>

(4) “Los modelos tecnológicos constituyen, en general, explicaciones que otorgan prioridad a los cambios técnicos como factor determinante de las transformaciones producidas en la economía y la sociedad. David S. Landes, el autor más representativo de esta escuela, así lo afirma con claridad en la primera página de su ya clásica obra de 1969, ‘The Unbound Prometheus’, publicada en castellano bajo el título, mucho más prosaico, de ‘Progreso tecnológico y Revolución Industrial’. En su opinión, el corazón de la Revolución Industrial está formado por una sucesión interrelacionada de cambios tecnológicos que pueden resumirse en tres grandes avances: la sustitución del trabajo humano por la máquina; el relevo de la energía animal por la energía inanimada, y la introducción de grandes mejoras en los métodos de obtención y elaboración de materias primas, en especial en campos como la metalurgia y la química. Landes se muestra, no obstante, menos reduccionista de lo que cabría esperar: no son los inventos en sí mismos el factor determinante, sino las innovaciones, esto es, su introducción en el proceso productivo, con su consiguiente repercusión en la organización del trabajo, la comercialización de los productos y su distribución” (Iñigo Fernández, 2012, pp. 32-33).

que en los 10.000 anteriores no logramos materializar.⁽⁵⁾ Entonces, está justificado el vértigo.

¿Con qué derecho enfrentamos estos nuevos desafíos? Con el que nos da la evidencia de que enfrentamos una realidad que nos muestra una tecnología, permanente y ubicua,⁽⁶⁾ que nos obliga a pararnos frente a estos avances, tan colosales como múltiples y replicados, con la sospecha –no siempre compartida por los juristas– de no contar con las respuestas jurídicas adecuadas. Advertimos que tampoco debemos permitirnos que esto nos golpee bajo. Para ello deberíamos fijar prioridades. Pues a la pregunta “¿tenemos más dispositivos tecnológicos (computadoras, celulares, tabletas, etc.) que vehículos?” contestaríamos con un “quizás, sí”. En todo caso, la cuasi afirmación revela una contradicción de términos: los esfuerzos teóricos en pos de analizar, hasta su médula, a los rodados y a lo que estos nos pueden generar siguen siendo, como aportes jurídicos, mayores a los que se dedican a interpretar (e interpelar) los efectos dañosos que la tecnología produce en la gente.⁽⁷⁾

Una tradición que nos viene, como toda tradición, del pasado...

Es cierto, nuestra tradición jurídica velezana se enmarca en un cuadro de situación amoldado a sus tiempos. Es decir, un sistema legal individualista y liberal, pues era el modelo iusfilosófico imperante en el siglo XIX (Ubiría, 2015): egoísta y, por tanto, calificable como mínimo, lo cual chocaba frontalmente con un sistema que exigía, cada vez más, un sistema que valore la “dignidad de la persona humana”.

Como vemos, los cambios sociales experimentan transformaciones que no obedecen a una lógica actual, pues se desprenden de una hermenéutica pensada y valorada para tiempos sociales ya superados.

La otra gran pregunta sería saber ¿hacia dónde nos conduce la tecnología?, una pregunta que se formula Thomas P. Keenan (2017) –investigador del Instituto de Defensa y Estudios Exteriores canadiense– quien, citando a Michael Chazan (2012),

(5) “Estas tres oleadas de cambios han transformado la humanidad mucho más en 200 años que en 10.000, pero nada parece indicar que el proceso haya finalizado, o ni siquiera, que se haya ralentizado un poco. Todo lo contrario. El éxodo rural continúa, y en 2050 más de dos tercios de la población mundial vivirá en las ciudades. Paralelamente, ya hay expertos que identifican señales evidentes de una Cuarta Revolución Industrial en ciernes, basada en la hiper-conectividad y los sistemas ciberfísicos –el internet de las cosas–, o la micro-fabricación representada por el movimiento *maker*, gracias a la popularización de las impresoras 3D y la economía directa 2 a través de plataformas de financiación colectiva como *kickstarter*” (Cortés, 2016, p. 101).

(6) Se trata de una tecnología clave subyacente a las cosas. Sería algo así como soluciones informáticas utilizadas de manera consciente. Por ejemplo, los sensores que abren puertas de acceso a bancos o a ascensores; también las luces que se encienden automáticamente en áreas destinadas a seguridad, sensible para quien las implementa, etc. Se trata de sistemas que incluyen capacidad de proceso en dispositivos múltiples que, en razón de su número y diferentes localizaciones, no son consideradas como computadoras.

(7) Quizás porque el derecho tiene mucho de tradición, y esta es la palabra “prohibida” en un trabajo como el presente.

va hacia el pasado, concretamente a los estudios antropológicos que este último hiciera del homínido humano, en particular hacia las habilidades de este, como la cualidad única de haber domesticado el fuego, lo que lo situó en la cima de todas las especies. Trazando un paralelismo con los tiempos disruptivos actuales, a su entender estaríamos en los comienzos de una segunda domesticación del fuego, de la cual se ignora aún su directriz, campo de acción y alternativas. Lo que deriva en incertidumbre.

Tanta incertidumbre impone la posibilidad de “quemarnos los dedos” (Kennan, 2017). Por más que queramos respetar nuestras tradiciones, pensar como nuestros antepasados podría ser nuestro peor error, aunque nos parezca más humano y benevolente. Pero ni el progreso que ya está ni el futuro que empieza mañana tendrá benevolencia.

Habrán transformaciones. Las vemos nítidamente en los paradigmas que ya llegaron. Hablamos de cosas que antes ni se soñaba hablar y ahora están en nuestras vidas de manera inquietante y cotidiana. Las palabras internet, wifi, dispositivo, conectividad, redes, datos, reemplazaron otras tales como plazas, recreación, diario, revista, televisor, etc.

Por otra parte, la Revolución Industrial 4.0 se asienta sobre un crecimiento exponencial de las capacidades de tratamiento de información, que permite generar perfiles de consumo –o de cualquier otro tipo– y modelos predictivos extremadamente precisos. La aplicación de esta tecnología, en muchos casos, podría resultar violatoria de la intimidad y la privacidad de las personas.⁽⁸⁾

Las transformaciones a las que hacemos referencia tendrán costados negativos, como pareciera ser el del trabajo, pues podríamos caminar hacia “un mercado de trabajo polarizado que incrementará aún más la desigualdad existente” (Oliván Cortés, 2016).⁽⁹⁾ Pero también habrás buenas, puesto que la característica de la Cuarta Revolución Industrial será la de la adquirida mayor capacidad de las empresas para producir ganancias, con el beneficio evidente que ello implica para los emprendedores y para quienes posean habilidades útiles, expansibles y empáticas.

(8) El “big data” –tratamiento masivo de una gran cantidad de información, de distintas fuentes–, la “Internet de las cosas” (IoT, por sus siglas en inglés)– que permite que la información sea producida y/o transmitida por elementos que hasta hace un tiempo parecían absolutamente inertes, como una cafetera– y los servicios de videovigilancia masiva con reconocimiento facial y de voz generan grandes desafíos desde el punto de vista de la privacidad. Se trata de tecnología que está tanto al alcance de particulares como de los gobiernos, y que si no es utilizada con razonabilidad, puede afectar gravemente la intimidad que, en nuestro país, tiene protección constitucional expresa desde 1853 (art. 19), y fue reforzada en el año 1994 con la inclusión del habeas data en el art. 43.

(9) “El propio Foro de Davos, poco sospechoso de contravenir las bondades del capitalismo, nos sorprendía a principio de 2016 anunciando que, en 2020, la automatización, la robótica y la computación avanzada harán desaparecer siete millones de empleos, y tan solo creará dos millones de puestos nuevos. Las cuentas son sencillas” (Oliván Cortés, 2016, p. 103).

Por su parte, la protección de la dignidad humana⁽¹⁰⁾ –tomando al ser humano⁽¹¹⁾ como epicentro del sistema reparador, entre tantos– se encuentra fuertemente sustentado en la noción de débiles (Lorenzetti, 2018, p. 10) que, traducida en su nuevo normotipo, se denomina “sujeto vulnerable”;⁽¹²⁾ noción que ha merecido una necesaria reflexión en torno a este nuevo paradigma protectorio con la guía de un Código Civil y Comercial que carece de una directriz clara sobre las debilidades a proteger o sobre qué sujetos hacerlo, pero que necesariamente no niega su carácter tutelar.⁽¹³⁾

Para que las transformaciones no nos duelan, el derecho debe interpretarlas. Y al hacerlo, resignificarlas. Poner en clave jurídica lo que los cambios producidos por un avance científico-técnico aceleran cada vez más, valorando la necesidad de construir una norma positiva duradera y segura. Legislar lo novedoso puede resultar peligroso, pues podría crear con ello un derecho **centrifugal, disperso y variado**; por implicancia, poco seguro y abierto a una pronta y segura obsolescencia (Lamanna, 2008, p.1).

Hoy, más que nunca, el valor del derecho se mide porque su finalidad será la de dotar a esa transformación constante en un presente continuo dotado de reglas jurídicas claras. Ese presente continuo que debemos buscar los encontraremos si pensamos en ejes rectores en materia de actualización legislativa, que deberían ser los siguientes: coordinación, aproximación y oportunidad. Cuando coordinamos normas las hacemos avanzar en un mismo sentido; aproximarlas es verificar que todas ellas tengan puntos de conexión; finalmente, uniformizarlas implica evitar que todas estas se contradigan (Lamanna, 2010, p. 3).

2. Marco evolutivo de internet: de la red a la inteligencia artificial. La revolución de los datos y la internet de las cosas

Cuando uno observa su propia edad (en mi caso, son 51 años) suele conversar con gente de la misma generación sobre “el tiempo que nos tocó vivir”. Y casi al unísono, nos consideramos felices de haber sido parte de un tiempo donde imperó el avance tecnológico de manera constante. Mi adolescencia y primera

(10) “La dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que esta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales” (Gross Espiell, 2003, p. 13).

(11) “El Hombre engendra seres iguales a sí específicamente, pero no numéricamente. Por tanto, las notas que pertenecen a un individuo en cuanto singular como los actos personales y las cosas que le son propias, no se transmiten de los padres a los hijos” (Tomás de Aquino, *Summa Teológica*, cuestión 81, art. 21).

(12) Dignidad humana, el débil jurídico o sujeto vulnerable que hoy lleva el rostro del consumidor.

(13) En esta inteligencia se expide Ezequiel Abásolo (2018), quien agudamente observa que se trata de un Código Civil y Comercial: “... excéntrico. O sea, de un instrumento normativo que consciente y deliberadamente abandona el centro de la escena jurídica, para confiarle ese carácter rector desde su mismo pórtico a los principios constitucionales y de los Derechos Humanos (artículos 1º, 2º y 3º CCyC)”.

juventud de los 80, fueron, sin dudas, “un tiempo de cambios” cuya constante era, precisamente, la de vivir dentro de estos mismos cambios. Si todo comenzó con dos soñadores en un garaje de hogar de un suburbio en los Estados Unidos (Steve Jobs y Bill Gates), nosotros advertíamos esa constante de cambio –no sólo en lo tecnológico–, aunque no sabíamos de qué se trataba. En suma, sabíamos que algo estaba ocurriendo. No sabíamos exactamente qué, pero sabíamos que estaba pasando.

Pero si así nos sentíamos de especiales los que caminábamos por los 80, tal vez les pasó lo mismo a nuestros padres y abuelos. Pues parecería que cada generación sintió su tiempo de manera especial, que no sería otra cosa que agradecer a la propia vida (el poder experimentarla). En mi caso, cuento con la ventaja de estar escribiendo este artículo, y no mis padres y abuelos.

Aun moviéndonos en un marco tecnológico actual, no deberíamos perder de vista que cada sociedad de su tiempo tuvo fenómenos tecnológicos trascendentes.

Internet, con una fecha de inicio más o menos cercana a los fines de los 60, logró en la década de los 80, el alcance y la presencia social de lo cotidiano (ahí vuelvo con mi ventaja). De lo habitual. Fue el condimento esencial que implicó cruzar la barrera de la Segunda a la Tercera Revolución Industrial. Esta última, denominada “del conocimiento” (Tofler, 1983); un conocimiento cercano a la idea de un nuevo modelo de Hombre que ahora sí sabía cómo llegar a la sociedad del futuro. Y que finalmente vive hoy entre nosotros con no más de 35 años.

El planteo de esta **sociedad del futuro**, con una internet ubicua propuso (y propone) desafíos. No solamente basados, como algunos creen, en la imaginación. También derivados de los daños que vemos producirse. Y que también, podemos razonar, ocurrirán en el futuro.

Sucede que con internet lo novedoso se transformó en innovador. Y lo innovador, en disruptivo, lo que marcó una evolución de acontecimientos acelerado.

En el año 2006, un investigador de la UNAM, Enrique Cáceres (2006) se preguntaba por los retos de la inteligencia artificial (IA), a partir del siguiente interrogante: ¿podrá una máquina simular el pensamiento humano?

Hoy en día nadie dudaría en ubicar a la IA junto a las ciencias cognitivas, como las neurociencias, la psicología cognitiva, etc. Pero se generaron progresos que también produjeron desengaños (Morozov, 2018).

Todo el progreso que pudo experimentarse en ese sector tecnológico –*vgcía*, en sus comienzos teoremas, juegos; luego, la robótica– buscó siempre lo mismo: un salvavidas para los errores humanos. Un reaseguro frente al cálculo equivocado. Una linterna a portar durante el recorrido del sendero oscuro y pedregoso de las causalidades no queridas. Y tuvo un desarrollo magnífico.

Pero, en ese devenir, asomaron problemas. Problemas que produjeron daños. Lo que nos lleva a pensar que todo proceso causal imaginario, como contrafáctico, cuenta con variables tan impensadas como infinitas. Aun cuando podamos razonar que los datos son el tema del presente y del futuro, en honor a la verdad conocemos el proceso que hace que estos se vuelvan relevantes desde los albores de la Humanidad.

Este proceso se denomina cuantificación.

En efecto, lo que hoy en día torna a los datos la gran herramienta de valor de una empresa o emprendimiento es que esta nos permite contar. Y la verdad es que contamos desde hace mucho tiempo, por ejemplo, desde cuando nuestros antepasados apoyaban sus semipeludas manos en la piedra, hasta hoy.

Decimos que es básicamente contar. Y si contamos, predecimos. Nos adelantamos. Nos anticipamos. Yendo a algo simple, tomemos el siguiente ejemplo: si yo puedo contar la cantidad de celulares que utiliza un grupo de cinco personas, cuando me encuentre frente a otro grupo de diez personas podré determinar cuánta cantidad de dispositivos celulares necesitarían estas personas en el caso de no tenerlos. Y al mismo tiempo, podría determinar, con los grupos señalados, el número de conversaciones que podrían llegar a tener (utilizando los mismos aparatos). Y segmentar estas últimas en minutos, horas, días, etc.

En el ejemplo dado, podríamos calcular, estimar y contar dos variables: dispositivos celulares y conversaciones. La naturaleza de las conversaciones entre estos es de otra naturaleza. No juega en nuestra exposición. Pero que no juegue no significa decir que no podamos estimarla.

Volvamos a contar: ¿qué se puede contar? Evidentemente todo. Y segmentar, ¿también se puede? Absolutamente sí. Incluso, categorizando finamente sobre gustos, inclinaciones, tendencias...

Pero, entonces, ¿cuál es el germen de todo esto?, respondemos: el dato. Pues bien, entonces, ¿qué es un dato? Pollo-Cattaneo (2018) nos informa lo siguiente: “un dato es la representación formal de un hecho o concepto, apta para su comunicación entre seres humanos o entre dispositivos automáticos” (p. 20). Pero no tendríamos armado el concepto sino no lo ensambláramos con el sentido que este tiene para transformarse en otra cosa que pueda producir daños.⁽¹⁴⁾

Como vemos, no solo contamos. Creamos un dato a partir de otro. Vinculándolos. A esto se lo denomina transitividad.⁽¹⁵⁾

(14) Así lo propone la autora al decir: “Cuando a un dato se lo carga de sentido, este se transforma en noticia. Pero todavía no es información” (Pollo- Cattaneo, 2018, p. 23).

(15) Por ejemplo, una conversación cuenta necesariamente con dos personas, lo que impone entender que cinco conversaciones arrojarán la cantidad de personas que vamos a necesitar.

La idea de contar, entonces, es neutra. Pues, como sostuvimos, podríamos contar lo que sea. En efecto, la cuantificación que planteamos es en relación a muchas cosas posibles. La cuantificación, por tanto, es ubicua. Y es, también, el centro neurálgico de este razonamiento; un centro neurálgico que se conecta con algo potencialmente siniestro: ¿para qué contamos?

Veamos este razonamiento en acción: en las mentes del siglo XX parecía insensato pensar algo tan contradictorio como que lo intangible tendría volumen. Al día de hoy, la pregunta se resignifica, pues el propio concepto de la locución “dato” (y el proceso descrito) nos lleva a sostener que los datos los tienen, es decir, pueden lograr volumen. Si no nos creen, miren lo que señala Diego Golombek –un estadístico– respecto de los datos, las cuentas y el volumen:

Según un estudio de la consultora Cumulus Media, en un minuto de Internet 900.000 personas se conectan a Facebook, 3,5 millones de usuarios realizan búsquedas en Google, se realizan 452.000 tuits, se reproducen 4,1 millones de horas de video en Youtube, se miran 70.000 horas de contenido de Netflix y se suben unas 46.200 fotos a Instagram (Golombek, en Sosa Escudero, 2019, pp. 11-12).

El volumen gigantesco que arrojan estos datos, contados y estimados hoy, son lo más apetecible para un esquema de negocios que pretenda ser exitoso. Y el factor sorpresa tiene mucho que ver. Simultáneamente, cierto desconocimiento que se tiene de su proceso al día de hoy podría ser fuente generadora de daños.⁽¹⁶⁾

Ello, pues tampoco nadie pensó que el desarrollo de lo digital iba a transformar a lo intangible en algo más valioso que lo tangible. Y el dinero tangible sirve para medir esta afirmación, en la medida que hoy en la Argentina la empresa de mayor valor no es la petrolera YPF (Yacimientos Petrolíferos Fiscales), ni tampoco Arcor, Techint o Pérez Companc, sino una empresa que comercia cosas que no se ven: Mercado Libre (MeLi).

En efecto, como sus pares en modelo de negocios (*vgcia.*, Amazon, Google o Microsoft) la local Mercado Libre no hace dulces, caños sin costura ni puentes o caminos. Solo compra y vende datos.⁽¹⁷⁾ En el caso de MeLi, vincula intereses. Algo tan viejo como el trueque, pero en la web. Y ya que mencionamos a Microsoft veamos la importancia que ha tenido la transformación de esta empresa –que, de vender toda una gama interminable de productos físicos (hardware para todos los gustos), devino también en una empresa de datos–.

(16) “La adquisición del fabricante de lentes de realidad virtual Oculus vr por parte de Facebook a cambio de 2 mil millones de dólares confirma que las empresas más importantes están convencidas de que combinar los datos del mundo real y el virtual es un negocio del futuro”. (Oculus Join Facebook, 25 de marzo de 2014, citado por Keenan, 2017, p. 111).

(17) “Como los costes de almacenamiento de datos han caído en picada en la mayoría de las empresas, a los particulares les resulta más barato y cómodo quedarse sencillamente con sus datos” (Keenan, 2017, p. 163).

El reinado de los datos marca la ubicuidad que es la marca indeleble de la RI4.0 actual, que adhiere a una noción relativamente novedosa producida por aquella mentada revolución de los datos: la internet de las cosas; una internet que, desde lo puramente conceptual, podría verificarse como una suerte de infraestructura de billones de sensores embebidos en dispositivos comunes: “cosas” u “objetos” diseñados para registrar, procesar, almacenar y transferir aquello que llamamos “datos” –que, en la medida que se asocian con identificadores únicos, se vinculan con otros dispositivos utilizando las capacidades de la tecnología–.

Lo dicho nos obliga a elaborar un tratamiento personalizado que advierta el rango de importancia que la misma tiene pues, como advierte Ruiz Martínez (2019), “con Internet y los dispositivos interconectados, el derecho a la protección de datos personales salió definitivamente del cómodo y estructurado banco de datos y saltó a la calle virtual, aplicándose a todo tratamiento de datos personales en cualquier medio técnico”.

Asimismo, lo afirmado impone la idea de saber si existe una elevada capacidad dañosa. El salto hacia lo ocurrido con Cambridge Analytics en las últimas elecciones presidenciales en los EEUU es lo suficientemente gráfico como también polémico, por cierto.

Como cierre del punto, digamos que puedo dañar con datos falsos. No solo por el dato en sí. También puedo dañar cuando los vinculo. Lo más genéricamente comprobado: la privacidad del internauta.⁽¹⁸⁾ Pero será tema para tratar en otro punto que tenga mayor extensión y que se centre en la “privacidad”, una locución hoy resignificada por la tendencia que inspira la web.⁽¹⁹⁾

3. Marco evolutivo de la responsabilidad civil en la Argentina: del derecho de la responsabilidad al derecho de daños

A partir de la segunda mitad del siglo XX comienza a gestarse una lenta pero decidida transformación de sus bases, impuesta por fuerza de las necesidades imperantes. El derecho de la responsabilidad, por ser parte integrante de ese derecho de lo habitual y lo doméstico como lo es el derecho civil (privado patrimonial) no fue ajeno a esa situación.

(18) “Y en esta parte de la historia Google saca a relucir su monstruosa base de datos. A diferencia de la agencia de control estadounidense, que solo ve datos semanales y por región, Google puede observar la intensidad de búsquedas en cualquier parte, en tiempo real y con un nivel de precisión tan fino como sea necesario. Es decir, Google puede medir, por ejemplo, la intensidad de búsquedas sobre gripe A en Monticello, un minúsculo pueblito del estado de Illinois y, a partir del modelo estimado previamente, predecir la intensidad de la enfermedad en ese lugar. Y también puede hacerlo de forma diaria, semanal o mensual, tanto para Monticello, como para la Ciudad de Nueva York, el estado de California o cualquiera de las nueve regiones en las que el CDC divide a los Estados Unidos” (Sosa Escudero, 2019, p. 27).

(19) Tan impregnada de lo virtual, que pareciera ser tendencia absoluta para vincularla con los dispositivos virtuales. Veamos lo que responde el robot Google cuando escribo “qué es la privacidad” (sin signos de interrogación). Allí surgen las siguientes tendencias: 1. qué es la privacidad; 2. qué es la privacidad digital; 3. qué es la privacidad digital en Internet; 4. qué es la privacidad

Vayamos un poco a la historia conocida, pero necesaria para aclarar el panorama que ofrece lo tecnológico.

Desde un abordaje moderno, el escenario evolutivo de la responsabilidad civil se enmarca en dos fases fuertemente demarcadas por aspectos ligados, principalmente, a los criterios de imputación del daño. Por un lado, tenemos el escenario decimonónico, cimentado en la noción culpabilística donde la centralidad del sistema giraba en torno del dañador, satelizando en su derredor otros elementos dispersos del mismo sistema –donde, incluso, se anotaba la propia víctima, pues en esos tiempos se decía: “no hay responsabilidad sin culpa”–. El segundo escenario, parido entre el acceso del industrialismo y el maquinismo (1848) y la llegada del hombre a la luna (1969) –construido en derredor de una víctima menos proclive “a inclinarse a la fatalidad de la desgracia” (Alterini, 2015)–, comenzó con posterioridad a buscar la protección del ordenamiento jurídico. Entonces, el primero de los pasos en pos de lograrlo fue avizorar una centralidad que le era negada. Su rol satelital fue dejado de lado y comenzó a ocupar el lugar disvaliosamente otorgado al victimario.

Pero, como sostuvimos al comienzo, la centralidad de la víctima tuvo su costo herramental: los criterios de imputación, primero fuertemente sustentados en la noción de culpabilidad (factores subjetivos), para luego correrse hacia su causación óptica pregonada por los factores de corte objetivo (*vicia.*, riesgo, garantía, equidad, etc.). Si los primeros implicaban cargar sobre las doloridas espaldas del damnificado la demostración de la culpa del dañador, los objetivos daban señales inequívocas de justicia al realzar el análisis de la causalidad material con la inversión consecuente del *onus probando*, donde ya no era el doliente el que debía cargar con la prueba de la culpa, pues al haber sido eliminada, no había culpa del agente que enrostrar. El heridor fue el encargado de demostrar la incidencia del *casus* (culpa de la víctima, de un tercero no dependiente, o bien el caso fortuito genérico) para eximirse de la misma.

Según vemos, en el primero de los escenarios de lo que se conoció con su locución tradicional, responsabilidad civil, el sustantivo adquiriría centralidad, no sólo por la expresión en sí, sino también porque el centro del sistema buscaba reprochar la conducta del causante del perjuicio.

En el segundo de estos, la locución varió por la fuerza de los hechos. Las capilaridades de la culpa fueron barridas. Porque no era ya central (ni necesario) que se demostrase la culpa del dañador, sino que el daño estuviese en el escenario de los hechos (en relación causal adecuada con el hecho antecedente).

en Internet; 5. qué es la privacidad en las redes sociales; 6. qué es la privacidad digital.pdf; 7. qué es la privacidad de datos; 8. qué es la privacidad digital unam; 9. qué es la privacidad en Facebook; 10. qué es la privacidad de estado en whatsapp. Como vemos, en siete de ocho tendencias de búsqueda lo que preocupa al navegador es “su” privacidad con el contexto virtual. Preferentemente en redes sociales.

A esta etapa la denominamos con un *nomen iuris* más apropiado: derecho de daños.

Los párrafos precedentes, a grandes trazos, ilustran 200 años de historia del funcionamiento de los daños y perjuicios y la reparación subsecuente. Y es en este marco donde imperan los criterios objetivos de atribución de la responsabilidad, momento en el cual las cosas se han vuelto elásticas y cambiantes en nuestro sistema de reparación de daños. Y ello, con hitos muy marcados en su historia jurídica reciente.⁽²⁰⁾

Hoy impera la necesidad, vivir rodeados de tecnología nos la impone: comprenderla jurídicamente. Necesitamos de un derecho que comprenda a la tecnología y su incidencia en la sociedad. La mayoría de las noticias del último tiempo guardan una adecuada correlación con elementos provenientes de aquella. La caída de un avión en Etiopía, muy probablemente por fallas en su *software*; la implementación de sistemas de video vigilancia por parte del gobierno y la polémica suscitada por los datos biométricos; la existencia de un virus en forma de *ransomware* que “vacían cuentas bancarias”; estafas y daños diversos por whatsapp o por twitter⁽²¹⁾ configuran un escenario, apenas introductorio, en donde la tecnología cubre un papel central y en donde vemos que el daño surge de fuentes antes insospechadas.

Cerrando el punto, citamos a Carlos Calvo Costa (2019) que plantea el nuevo escenario con el cual lidiaremos el resto del presente trabajo. En su muy buen trabajo de doctrina señala:

Como idea preliminar de este aporte, creemos importante poner de resalto, entonces, que el fundamento de la responsabilidad civil ya no lo constituye el acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio, sino el daño de quien lo soporta (injustamente, agregamos). La esencia del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito, convirtiéndose el daño, en consecuencia, en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual girará aquél, siendo esencial su presencia y su falta de justificación -como veremos más adelante- para que proceda la reparación del perjuicio (p. 2).

No hay posibilidad, según vemos, para un derecho que mire con perplejidad estos cambios. El derecho debe responder.

(20) Si bien no existe el catálogo que se ofrece, este es fruto de 25 años de docencia universitaria ininterrumpido. Por tanto, altamente empírica su apreciación. Ahí va: los “hitos de la responsabilidad civil” en nuestro país, podrían demarcarse de la siguiente manera (por país y año): Argentina 1978 -José María López Olaciregui (1978) señala que “debe prevalecer la injusticia del daño sufrido antes bien que la injusticia del daño causado”; Francia 1985 -Yvonne Lambert-Faivre, a propósito de la sanción de la Ley Badinter sobre accidentes de la circulación comenta: “Cuando la justicia conmutativa de la responsabilidad civil es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar la posta” (en Alterini y López Cabana, 1996, p. 5)-; Brasil 1988 -se sanciona la Constitución Federal de ese país, la que plasma numerosos derechos de orden privado dentro de las propias cláusulas constitucionales; Argentina 1993 -se sanciona la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor; Argentina 1996 -se publica *El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil* por el Dr. Miguel De Lorenzo, que produce un cambio de mirada muy importante-.

(21) Cfr, Tercera Cám. Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Trib, Mendoza (2019).

4. Las tecnologías informáticas y los Estados. Las llamadas “reinas tech” (supraevolución) como variable económico/productiva y motor de cambio jurídico

De los 60 a los 80 tuvimos a los Estados pendientes del desarrollo a la amenaza nuclear; una amenaza que era, a su vez, garantía de no agresión. Una *pax romana*, basada en el miedo a la confrontación, pero paz al fin.⁽²²⁾

De la amenaza nuclear a los Estados tecnológicos tenemos un arco iris analítico mucho mayor. Y esto es así porque “la revolución informática es la única que conjuga tantos individuos y procesos en un mismo medio de comunicación y traduce y rastrea sus acciones en un único lenguaje tecnológico” (Kissinger, 2014, p. 343).

Los cambios de mirada que exigimos hoy al derecho se basan en sucesos que ocurren en nuestro devenir diario, y que se emplazan sobre estructuras de pensamiento que van mutando junto a aquellas transformaciones. Para trasladarse luego a la matriz objetiva de imputación, debieron modificarse cosas: pasar de una tecnología agropecuaria/industrial a una puramente industrial, de un escenario donde el daño era un acontecimiento inesperado a un tiempo donde el evento dañoso se tornó posible desde la lógica del acceso multiplicador a cosas que podrían producir perjuicios. En suma: de la relación hombre + cosa inanimada (= el daño fue el emergente). Como vemos, el cambio en la matriz productiva motorizó esos cambios abriendo posibilidades al daño que antes no tenía.

La RI4.0 trae consigo una nueva matriz productiva que obligó (y continuará haciéndolo) a verificar la eficacia de las normas. Veamos: con un esquema productivo en plena transformación, hoy advertimos que el petróleo (YPF) vale menos que los datos (Mercado Libre), por lo que el desarrollo económico de los estados nacionales va a sufrir transformaciones en el futuro inmediato.

También la mirada jurídica lo hará acompañando esos cambios.

¿Cuáles serán los nuevos nichos de riqueza para los Estados? Son ya, fundamentalmente, los que se conocen bajo el nombre de las “tres “reinas tech”: la inteligencia artificial, la *blockchain*⁽²³⁾ y la computación cuántica,⁽²⁴⁾ que modificaron las arquitecturas empresariales y tecnológicas al mismo tiempo.

(22) “Ese cálculo disuasivo tenía una impronta surrealista, ya que se basaba en ‘ecuaciones’ lógicas de escenarios que planteaban un nivel de víctimas que excedía el sufrido en cuatro años de guerras mundiales y se producía en cuestión de días u horas dado que no había experiencia previa con las armas que apuntaban estas amenazas” (Kissinger, 2014, pp. 332-333).

(23) Las cadenas de bloques, o *blockchain* son una tecnología altamente disruptiva creada a finales de los años 2008 para la red Bitcoin. La *blockchain* de Bitcoin fue la primera de muchas otras que, tomando el concepto de un registro distribuido que permita la inmutabilidad y trazabilidad de las transacciones, han desarrollado una amplia gama de versiones. Para un análisis detallado sobre los aspectos técnicos y el funcionamiento del Bitcoin, recomendamos la lectura de la obra de Antonopoulos (2015).

(24) En febrero de 2016, la Unión Europea publicó el “Quantum Manifesto” (Manifiesto cuántico), un programa a 10 años para impulsar la tecnología y dotado con 1000 millones de euros. Se

De todas estas, la *blockchain* pareciera enmarcarse en la más compleja y desafiante: compleja porque a través de la *blockchain* se pueden celebrar contratos, crear criptomonedas (por señalar las más comentadas). Es decir, se pueden hacer cosas verificables dado que *blockchain* es un tablero de verificaciones que actúa como un fedatario internacional. Mundial. Digital. Y aquí viene lo desafiante, que no lo maneja nadie: cuando la *blockchain* arma contratos o crea criptomoneda desafía tanto al Estado, pues este no puede intervenir en negocios de particulares como lo hace con organismos tales como la Inspección General de Justicia (IGJ) (regulando personas jurídicas que se vinculan por convenios privados), como al registro de la propiedad (automotor o inmueble), en el caso de transacciones de vehículos o inmuebles, por citar ejemplos.

Al Estado lo único que le cabría hacer es abrir un marco regulatorio de ciertas tecnologías *blockchain* para determinadas operaciones. Cerrando la idea, *blockchain* es un libro de actas digital donde el escribano es la ciencia matemática.

Si el petróleo, los minerales y los *comodities* son la energía que otorga divisas, y si también lo son las cosas que no vemos (datos), es demasiado ilusorio pensar que no habría cambios en nuestro sistema del responder con estos nuevos emergentes productivos. Aunque no tengamos un cabal reflejo de lo que producirá en la ciencia jurídica, sabemos que lo hará. Sería bueno, en todo caso, prepararnos para esos cambios, verificando, al mismo tiempo, si lo que tenemos como normativa tiene una fecha de caducidad más o menos cercana.

Los cambios que se avecinan dejarán de lado a lo finito, lo consumible. Y, precisamente los *comodities* y el petróleo lo son. Más aun, al no ser renovables y ser altamente dañinas para el medioambiente, la variable de cambio está en la mesa de las grandes potencias económicas del mundo. Así lo señalan Nick Srnicek y Alex Williams (2018) cuando entienden que la dirección del desarrollo tecnológico cuenta con consideraciones técnicas y económicas. Pero también lo son de carácter político.

¿Cuál es la variable de este cambio? Visto esto desde una escala que cruce de lo menor a lo mayor, o de lo individual a lo colectivo, podríamos decir que sería el emprendedor. Quizás sea este el que tenga la mayor de las responsabilidades a la hora de asignar una mayor incidencia en estas variables de cambio: la *machine*

ha puesto en práctica hace apenas unas semanas con el FET Flagship on Quantum Technologies (Programa de Bandera sobre las Tecnologías Cuánticas), un pliego que trabajará en cinco áreas de la cuántica (telecomunicaciones, sistemas de computación, simulaciones, metrología y detección y ciencias fundamentales). Solo por contextualizar, la Universidad de Shanghái (China) está construyendo un super centro de investigación cuántica para el que ha destinado 10.000 millones de dólares (unos 8000 millones de euros) y que esperan, abra sus puertas en 2020. Disponible en: https://www.eldiario.es/tecnologia/funciona-procesado-cuantico-revolucion-tecnologica_1_2774152.html

learning, la *big data*, el desarrollo de la inteligencia artificial tiene en los emprendedores al sujeto **culpable** de su desarrollo. Pero, ¿qué papel desarrolla un emprendedor para que se haya vuelto tan responsable en estas economías? El notable Nassim Nicholas Taleb (2016) nos informa al respecto:

El papel del emprendedor es necesariamente colectivo desde un punto de vista epistemológico porque facilita que la experiencia se acumule. Alguien que no ha descubierto lo que buscaba ofrece a los demás el mejor conocimiento, el de la ausencia (el conocimiento de lo que no funciona) pero el reconocimiento que recibe por ello es escaso o nulo (p. 13).⁽²⁵⁾

Comprender la variable que ofrece el **conocimiento**, como un agregado otrora impensado a los recursos disponibles, puede constituirse, acaso, en la herramienta preventiva más eficaz de la que podamos disponer. Al respecto, se razona que:

La consideración tradicional del mundo como un pastel de tamaño invariable presupone que solo hay dos tipos de recursos en el mundo: materias primas y energía. Pero en realidad hay tres tipos de recursos: materias primas, energía y conocimiento. Las materias primas y la energía pueden agotarse: cuanto más las usamos, menos tenemos. El conocimiento, en cambio, es un recurso en aumento: cuanto más lo usamos, más tenemos. De hecho, cuanto más aumentamos nuestras existencias de conocimiento, más materias primas y energía pueden proporcionarnos estas. Si invierto 100 millones de dólares en buscar petróleo en Alaska y lo encuentro tendré más petróleo, pero mis nietos tendrán menos. En cambio, si invierto 100 millones de dólares en investigar la energía solar y encuentro una manera nueva y más eficiente de utilizarla, tanto yo como mis nietos tendremos más energía (Harari, 2016, p. 238).

Agregar el conocimiento como un recurso dinámico parece ser la clave para que los recursos consumibles sean variados. Tan opcionales y variados como absolutamente libres de regulación, ya que poseen aristas que dejan de lado al Estado, al tiempo que predicen riesgos importantes en materia de seguridad.⁽²⁶⁾

(25) Dicho así, los “errores” de los emprendedores pueden constituirse en inversiones futuras pues “El método de ensayo y error tiene un valor fundamental que no se entiende: no es verdaderamente aleatorio porque, gracias a la opcionalidad, exige algo de racionalidad. Hay que ser inteligente para reconocer el resultado favorable y saber qué descartar. En muchas actividades, cada intento (ensayo) y cada fallo (o error) ofrecen una información nueva y más valiosa que la anterior porque sabemos que no funciona. Con cada ensayo y cada error nos acercamos a algo, suponiendo que buscamos exactamente. Con cada intento que acaba en error podemos averiguar poco a poco hacia donde ir” (Taleb, 2016, pp. 240-241).

(26) “El auge de Internet nos proporciona una muestra de lo que está por llegar. El ciberespacio es hoy en día crucial en nuestra vida cotidiana, nuestra economía y nuestra seguridad. Pero la selección crítica de diseños alternativos de las webs no se llevó a cabo mediante un proceso político democrático, aunque implicase cuestiones políticas tradicionales como soberanía, fronteras, privacidad, seguridad. ¿Votó alguna vez el lector al respecto de la forma del ciberespacio? Decisiones tomadas por diseñadores webs situados lejos del foco de atención del público suponen que hoy en día Internet es una zona libre y sin ley que erosiona la soberanía del estado, ignora las fronteras, deroga la privacidad y plantea el que quizás sea el más formidable riesgo global de seguridad. Mientras que hace una década apenas se registraba la actividad de los radares hoy funcionarios histéricos predicen un ciberonce de septiembre inminente” (Harari, 2016, p. 407).

5. La función impensada: la prevención en un ordenamiento general. La prevención del daño como herramienta eficaz: acción preventiva

Aun cuando se pudiera predicar que la función preventiva estaba presente en nuestro ordenamiento jurídico general, esta no formaba parte del cuerpo codificado sustantivo del derecho privado de nuestro país.

Recordando el axioma médico “más vale prevenir que curar”, nace la idea de la prevención jurídica, pero con su valoración particular, al punto de transformar el axioma médico, acomodándolo a sus finalidades jurídicas: “más vale prevenir que reparar”.

Sin lugar a dudas, la norma establecida en el art. 1708 del Código Civil y Comercial (CCyC) ha sido disruptiva, pues ha incorporado a la hermenéutica sustantiva una visión de elevado valor axiológico: la prevención del daño.⁽²⁷⁾ Y lo ha hecho de una manera central, justo en el momento en que comienza a relatar los setenta y dos artículos que legislan la “responsabilidad civil” como fuente nominada de las obligaciones, configurando con ello una reafirmación de conceptos que, desde “Santa Coloma”⁽²⁸⁾ y “Gunther” –entre otros muchos pronunciamientos hasta aquí producidos–⁽²⁹⁾ pusieron el foco en elevar la protección de la persona humana. Para ello consideraron la centralidad estratégica del art. 19 de la Norma Fundamental⁽³⁰⁾ –garante, al mismo tiempo, del principio cardinal romano “*neminem laedere*”–, más la conjugación de esta última con la noción de la reparación plena (art. 1740 CCyC) en un precedente más reciente.⁽³¹⁾ Aun cuando un conjunto de normas –dispersas y previas– ya habían consumado esa protección, el cambio real fue hacerlo en un Código de fondo, con visos de generalidad y profundidad.

(27) Art. 1708 (CCyC): “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”. De tal manera: “El Código Civil y Comercial consolida como idea guía que la responsabilidad civil no se agota en la función de reparar el daño ocasionado, tema que ha sido abundantemente estudiado por la doctrina de los autores y de tribunales sino que también forma parte de ella la misión de prevenir la producción innecesaria de perjuicios” (Alterini, 2015, p. 3).

(28) “Considerando 7º) Que al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es –por su menguado monto– meramente nominal y al renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera –por imperfecta que sea– el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del “*alterum nom laedere*” que tiene raíz constitucional (art. 19, ley fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna” (CSJN, 1986).

(29) Otros precedentes posteriores que cimentaron la idea fueron los siguientes fallos de la CSJN: Fallos: 323:3564; Fallos: 327:857; Fallos: 335:2333.

(30) Artículo 19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

(31) Cfr. CSJN (2017), Fallos: 340:1038.

Con relación a la noción de reparación plena y prevención, los doctores Arias Cau y Nieto (2017), con gran realismo señalan:

... difícilmente exista proclama más presuntuosa en el mundo jurídico, que aquella que pretende colocar, como objeto primero de la teoría de la responsabilidad civil, “la restitución de la situación del damnificado” a un estado anterior al hecho dañoso. Es que, una vez producido el hecho dañoso, sus proyecciones sobre la víctima suelen ser indelebles (p. 3).

Y es por eso que el sistema de respuesta del ordenamiento jurídico del responder civil se vuelve polémico y abierto al debate.⁽³²⁾ Entendiendo que el escenario de la cuantificación es uno de los más difíciles de abordar, advierte como “la más importante novedad, el haberse incorporado, explícitamente la función preventiva como objetivo de la teoría de la responsabilidad civil” (Arias y Nieto, 2017, p. 1).

Por eso decimos que la novel hermenéutica que plantean los setenta y dos artículos que representan a la responsabilidad civil cuenta con un desafío interesante: el de poder responder a demandas, cada vez más crecientes, en donde el sujeto de derechos tenga las herramientas normativas adecuadas como para defender su posición. Pues lo más importante a evitar, es que el destinatario de la norma se transforme en un nuevo débil jurídico frente el avance intempestivo de la tecnología.

Los institutos jurídicos nacen con una finalidad. No deben ser sables de utilería (Borda, 2017), por más críticas que haya despertado su inclusión en el Código Civil y Comercial la figura de la acción preventiva por sus contornos adjetivos en un Código sustantivo. Lo cierto es que el Código que lo consagraba hubiese debido dotarlo de ejecutividad ni bien esta salió a la luz en el 2015. ¿Cómo dotamos de eficacia a un instituto como este? Pues la adopción de medidas necesarias para que un juez lleve adelante medidas preventivas que logren disuadir, evitar o neutralizar cualquier acción u omisión antijurídica que torne previsible la producción de un daño, su continuidad o agravamiento (art. 1711, primera parte, CCyC) requiere de un magistrado experto o conocedor de la problemática (Borda, 2017, p. 194).

La acción preventiva (art. 1711)⁽³³⁾ cuenta con una validación inédita (propia de estos tiempos): la actividad digital. Por eso nos parece oportuno comentar cierta jurisprudencia reciente que ordena, por ejemplo, el bloqueo de difusión de imágenes por internet. Ello, estimando que, más allá de la entrega de fotos con

(32) En aras de aplicar la función preventiva en función de la posible plasmación de daños producidos por tecnologías 4.0, advertimos una dualidad: la responsabilidad civil o el llamado “moderno derecho de daños”, a través de su doctrina y jurisprudencia, no produjeron ni alentaron una expansión de su mirada interpretativa dirigida a la prevención. Pareciera ser que su cálculo aplicaba solamente a la reparación del daño, más que a su evitación.

(33) El art. 1711 CCyC establece: “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (...) No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

el consentimiento de la actora (víctima), su vinculación posterior con links de oferta de prostitución hace que aquella pierda su virtualidad originaria,⁽³⁴⁾ dado que nada tiene que ver aquél consentimiento con esta derivación, siendo esta última causa de anulación de la primera (con la importancia estratégica del art. 53 CCyC)⁽³⁵⁾ en el entrevero producido y convalidándose la sentencia de grado que ordenaba proceder a la eliminación y bloqueo de las vinculaciones existentes con los datos de la actora y los sitios web denunciados.⁽³⁶⁾

También se han dictado acciones preventivas en torno a los posibles daños que pueden surgir de un blog anónimo. En este caso, los actores trabajaban en un espacio público e intentaron determinar, a través de una cautelar, el acceso de usuarios al sitio web (blog) del que se pretendía limitar su visualización. Vale aclarar, que la actora había intentado, sin éxito, determinar quién o quiénes estaban detrás del blog, en tanto que la demandada (Google) se limitó a contestar que no le era posible proceder a su identificación puesto que no existía la posibilidad de determinar la IP desde donde habían operado los autores.⁽³⁷⁾

¿Cómo estamos parados a nivel internacional con la prevención del daño? Veamos.

Recientemente, el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, señaló que el Derecho de la Unión Europea (UE) no se opone a que la compañía que preste sus servicios de alojamiento de datos, como lo hace la red social Facebook, en el sentido que podrían ser obligadas a suprimir comentarios idénticos o similares a otros que fueran declarados ilegales en anteriores causas.⁽³⁸⁾ Además la

(34) La postura de los buscadores, si bien lo veremos mayormente desarrollado en puntos posteriores, siempre fue de no intromisión en los contenidos. Es decir, en la no evitación del daño *per se*. Solo trabajarían luego de su notificación (puesta en conocimiento de la situación).

(35) La norma señala: "Artículo 53. Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

En el caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre".

(36) Cfr. Cám. Civ y Com. Fed. (2017), citado por Cossari (2019, p. 2).

(37) El tribunal, citando los precedentes "Ariel Bernardo Sujarchuk" (01/08/2013) y "María Belén Rodríguez" (28/10/2014), estableció un criterio de interpretación restrictivo: aplicó la restricción solicitada basando la cuestión en una serie de ponderaciones enlazadas en el caso: 1) protección de la imagen de los reclamantes; 2) tutela del derecho a la libertad de expresión y difusión de las ideas (conf. arts. 14 y 32 CN; art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 1º de la Ley 26.032); 3) actividad anónima del/los sujetos que subían la información al sitio. Todo eso hizo posible que se accediera a la protección cautelar en dicho proceso (Cám. Civ y Com. Fed. (2017), citado por Cossari, 2019, p. 2).

(38) "El TJUE se pronunció en ese sentido después de que la diputada del Parlamento austriaco del Partido Verde y portavoz federal de esa agrupación hasta el 2017, Eva Glawischnig-Piesczek, demandara a Facebook ante los tribunales de su país. La dirigente política solicitó

sentencia del 3 de octubre de 2019 establece que para rastrear estos comentarios difamatorios idénticos, Facebook puede utilizar técnicas e instrumentos de búsqueda automatizados. Finalmente, el Tribunal dejó asentado que el bloqueo de estos datos ilícitos debe hacerse “a nivel mundial, en el marco del derecho internacional pertinente que los Estados miembros deben tener en cuenta”.⁽³⁹⁾

6. Principios generales que gobiernan el escenario preventivo/reparador en el Código Civil y Comercial de la Nación

Aun recordamos el largo listado que debíamos estudiar en torno a los denominados principios generales del responder. Claramente estos cumplían la función que deben tener en cualquier ordenamiento: el de ser premisas básicas de un sistema que, en sus tiempos, buscaba resolver la situación del damnificado a través de la reparación del daño.

Antes de dotar de desarrollo el listado de los principios, deberíamos ser muy precisos sobre los acontecimientos que debieron ocurrir para que estos se desarrollen: la constitucionalización del derecho privado, la teoría general de la buena fe y la sanción del abuso del derecho, el respeto hacia los denominados “estatutos especiales”, la prelación normativa y la ampliación de los derechos a la persona. Sin estos, no podrían haberse sucedido los que más abajo señalaremos.

Hoy en día presentamos un elenco breve de principios: buena fe, *neminem laedere* y reparación plena, quedando en el pasado principios dispuestos para ese pasado.⁽⁴⁰⁾

La buena fe funciona en espectros cada vez más importantes de la vida humana. Y aunque parezca un juego de palabras, no lo es. La buena fe es la buena nueva que trae el derecho a la vida de las relaciones jurídicas de los hombres –jamás olvidada, pero sí, resignificada en todos los tiempos–, recordándole al Hombre de todos los tiempos qué significa comportarse correctamente en ese

que se ordenase a la red social suprimir un comentario publicado por un usuario que atentaba contra su honor, así como alegaciones idénticas o de contenido similar. En concreto, el usuario de Facebook había compartido en su página personal un artículo de una publicación austriaca, que aparecía acompañado por una fotografía de Glawischnig-Piesczek (“Facebook puede ser obligada a retirar contenidos difamatorios según una sentencia del TSJUE”. *El Periódico*, 03/10/2019, disponible en <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20191003/facebook-puede-tener-que-retirar-contenidos-difamatorios-segun-una-sentencia-del-tsje-7664246>).

(39) Cfr. también García (2019). Por otra parte, el TJUE también sentencia “que los prestadores de servicios no solo tendrán que eliminar contenidos declarados ilícitos, sino también contenido similar al de esa información declarada ilícita. Para tener obligación de eliminar ese contenido considerado ilícito, este tendrá que ser idéntico o prácticamente calcado al marcado como ilícito en una medida cautelar” (Sabán, 2019).

(40) Y que Fernando Ubiría (2015) interpreta superados, pues: “... a la luz del nuevo sistema codificado ya no lo son, o bien directamente no encuadran en su concepto”. Anota al principio de legalidad o reserva, a la necesidad de un factor de atribución, a la imputabilidad subjetiva, al llamado “*pacta sunt servanda*” (honor a la palabra empeñada), y al que establecía que se debía responder por los actos propios y no por los ajenos.

tiempo que le toca vivir, y tiene una notable presencia en nuestro Código Civil y Comercial.⁽⁴¹⁾

El *neminem laedere* es un principio cardinal del derecho romano, que significa “no dañar a otro” y que impuso una dinámica interpretativa muy importante cuyo proceso conocemos como el de la constitucionalización del derecho privado.⁽⁴²⁾

El concepto de reparación plena (o integral) sería el tercero y último de los principios de la lista. Reparar plenamente es resarcir en la medida y con los medios que otorgue el ordenamiento jurídico en su plenitud.⁽⁴³⁾

El Código Civil y Comercial lo establece en el art. 1740,⁽⁴⁴⁾ en el cual las variables a considerar funcionan como verdaderas directrices, como no dejar de resarcir derivaciones del hecho dañoso; evitar reparar el mismo perjuicio dos veces (con nombres distintos), pues activaría el principio que veda el enriquecimiento sin causa (Mosset Iturraspe, 1992); no sobrevalorar el daño que se ha sufrido, pues dejaría al descubierto una finalidad distinta a la que debe tener toda indemnización (que es, básicamente, una finalidad de justicia). Tampoco abandonar el criterio de realidad económica, que se debe ponderar en situaciones de envilecimiento del poder adquisitivo del dinero. Finalmente, los tiempos en los que se alcance el resarcimiento deben responder a un sistema justo de impartición de justicia.

Un avistaje amplio de los tres principios mencionados arroja tanto un equilibrio sin precedentes en el sistema como una sanidad prolongada de los mismos pues será difícil dejarlos fuera en un futuro, declarando su caducidad. Si miramos uno por uno a estos, veremos que el sistema preventivo-reparador se ocupa de que las partes ejerciten sus derechos en plenitud (buena fe), sin dañar a nadie (*neminem laedere*), y en el caso de ser inevitable el perjuicio, que reciba lo que merece (reparación plena).

(41) Concretamente en el Título Preliminar, art. 9º (como un principio general del derecho); en el art. 729 (en el obrar del deudor y el acreedor en la Obligaciones); en el art. 961 (contratos en general); y en el art. 1710 (deber de prevención del daño): un principio general y una tríada de normas bien pensadas para dotar a la figura de un amplio y reconocido alcance hermenéutico.

(42) Por la propia fuerza vinculante que se le reconoce al fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, el principio cardinal romano “*Neminem Laedere*” o “*Alterum Non Laedere*” se reconoce protegido por la más elevada jerarquía legal de nuestro país: la Constitución Nacional (art. 19).

(43) La aguda crítica al adjetivo “integral” elaborada por Atilio Alterini (2015) se apuntalaba en la idea de que considerar a una reparación en similar postura que la situación “anterior al daño” era presuntuosa. La falta de realismo de la que peca esta noción la vuelve modificable por otra, como ser “plena”. Es decir, “lo que plenamente el ordenamiento jurídico pueda otorgar”.

(44) Artículo 1740 CCyC: “Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión al honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

7. Presupuestos del responder: lo antiguo, lo moderno y lo real

Los presupuestos de la responsabilidad son determinantes para que las funciones la responsabilidad (prevenir y reparar) logren su condigno reconocimiento (el reembolso o el resarcimiento, según sea el caso). Por cierto, también en el punto advertimos un trasiego importante. Pues de la mano de una dilución del presupuesto “antijuridicidad”,⁽⁴⁵⁾ y del elemento voluntarista de la culpa (Alterini, 2015), se fue afirmando que ya no principiaba el acto contra ius, sino el daño injusto sufrido, en tanto que los factores de atribución más propensos a bordear la culpabilidad (dolo o culpa) dejaron de interesar, asignándose el daño al hecho antecedente (objetivo) más adecuado (causalidad adecuada).

Así las cosas, la relación de causalidad se resignificó a mediados de los 60, y la ley 17.711/68 le otorgó amplia y fecunda notoriedad en materia de daños acaecidos “por el riesgo o vicio de las cosas”, lo que continuó en este nuevo cuerpo civil y comercial (art.1726 CCyC).⁽⁴⁶⁾

Señalado esto, acaecido un daño, la convergencia de los presupuestos que la hermenéutica del Código Civil y Comercial exigen es la siguiente: 1) Criterios de imputación; 2) Daño injusto; y 3) Relación de causalidad entre el hecho generador y el daño. Así, la antijuridicidad queda algo relegada pues “... la clave del sistema no parece pasar tanto por la antijuridicidad de la acción u omisión, como por la determinación de la ‘injusticia del daño sufrido’. Cuando no promedia algún supuesto de daño justificado, nace la responsabilidad” (Borda, 2017, p. 350).

Todo ello, convergiendo eficazmente, indemnizará a la víctima.

El daño injusto debe observarse como el presupuesto prioritario y central. No desde un punto de vista cronológico, sino más bien lógico (Orgaz, 1957). No todo daño resulta ser indemnizable⁽⁴⁷⁾ y desde esta mirada la propia definición del art. 1737 CCyC elabora una noción que produce un ensanchamiento de la avenida de los daños reparables.⁽⁴⁸⁾

(45) Fernando Ubiría (2015, p. 56) lo denomina “espejismo”, locución que puede parecer extrema pero, al mismo tiempo, justifica su postura advirtiendo que llamarla así no justificaría pensar en una eventual inutilidad de “lícito-ilícito”, pues siguiendo a Juan Casas, la licitud es la presunción de legitimidad de la acción.

(46) Artículo 1726 CCyC: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

(47) “No todo daño “fáctico” o “de hecho” tiene entidad suficiente para alcanzar juridicidad en materia de responsabilidad civil, y en tal caso carecen de tutela jurídica. La determinación de los confines del daño a los fines de su evitabilidad o resarcibilidad, es una decisión político-jurídica en la que se contemplan distintas variables” (Borda, 2017, p. 351).

(48) Artículo 1737 CCyC: “Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

La relación causal adecuada, por su parte, suele encandilar con su complejidad científico filosófica⁽⁴⁹⁾ hasta que tomamos cuenta que no somos ni científicos ni filósofos, solo abogados destinados a demostrar la imputación de un acto.⁽⁵⁰⁾ Solo eso. Nada menos que eso.

Recordemos en tal sentido que Isidoro Goldemberg (2000) enseñó en su tiempo que el estudio de la causalidad jurídica civil comienza a analizarse, desde el fenómeno causal⁽⁵¹⁾ pasando por la investigación causal⁽⁵²⁾ hasta llegar a la causalidad en el ámbito jurídico.⁽⁵³⁾

8. La atenuación de la responsabilidad binaria y la dilución de la antijuridicidad y la culpabilidad. La estelaridad del daño injusto y su derivación en la protección de la Persona Humana

Nos parece adecuado fijar postura en torno a lo que consideramos dos condicionantes importantes en el tratamiento de temas de responsabilidad: la responsabilidad binaria o dual (contractual y extracontractual), y a la conducta *contra legem* o *contra ius*, también llamada también antijuridicidad.

En efecto, la mirada tradicional culpabilística de la responsabilidad, basada en la noción de pecado jurídico, no solo requería las necesarias dosis de imprudencia o negligencia contaminando el sistema nervioso central del sistema que centralizaba, en el dañador y su conducta, la plasmación del acto, y consecuentemente, su atribución. Esa misma conducta torpe o inhábil debía también hacernos padecer desde la norma, contrariándola y conformando una misma hoja de ruta

(49) Propia de los postulados propiciados por la teoría madre de todas las teorías, nos referimos a *la conductio sine qua non* (o de la equivalencia de las condiciones): pletórica de fundamentos desbordantes de científicismos que, tal vez, poco ayudaron a lo que necesitaba la justicia de los actos.

(50) Precisamente, las tesis correctoras recibieron ese nombre pues debían corregir los desbordes propios de una teoría que abría el abanico causal conforme el rango científico de su exposición. Así funcionaba *la conductio sine qua non*, asignando consecuencias por doquier (pues repartía causalidades por doquier). Las tesis correctoras (entre las que se destaca la posición de Frank, el catedrático vienés que formó parte de un grupo de juristas que plantearon un freno a la teoría de la *conditio sine qua non*), lograron visibilizar el corte causal para evitar la asignación infinita de causalidades. Luego, las teorías individualizadoras (consecuencia próxima, eficiente, casuales, y adecuadas) hicieron su parte del trabajo haciendo aplicables la relación causal a las necesidades de justicia indemnizatoria.

(51) "El causalismo es el método filosófico-científico que procura el conocimiento de las cosas (o el de las verdades) a través del estudio y análisis de sus causas. Sostiene la existencia de cadenas de relaciones causales (causa-efecto) que permiten, mediante la observación de ellas, una explicación de todo lo que puede explicarse" (Goldemberg, 2000, p. 2).

(52) A la investigación causal se le debe agradecer el mérito de haber ordenado el estudio sobre la causalidad. Pues en la investigación causal, se distinguen claramente cuatro géneros de causa distintos: *efficientis*, *finalis*, *materialis* y *formalis*. "La causa material y formal son causas del ser; la eficiente y la final, causas del devenir" (Goldemberg, 2000, p. 3).

(53) "En el lter del suceder causal el plexo jurídico solo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plano ontológico, la calidad de consecuencias•" (Goldemberg, 2000, p. 9).

donde tuviésemos la norma ordenativa (antijuridicidad), la conducta torpe o criminal (factor de atribución), el daño sucedido (daño, a secas), y la vinculación entre el hecho y el daño (relación de causalidad).

La feliz trazabilidad de los factores objetivos, con más de medio siglo de existencia en nuestro cuerpo exegético civil, le ha dado la valoración que normalmente se le otorga a lo perenne y duradero. Nadie los discute. Es más, sus fronteras se reconocen abiertas a nuevas formas de enlazar responsables.⁽⁵⁴⁾

Como ya lo sostuviéramos, la ingeniería macro del sistema del responder concebía dos ángulos para observar el escenario de la reparación (Ubiría, 2015). En esa idea, los elementos jugaban de la siguiente manera: la atribución era subjetiva, y el análisis del actuar del sujeto era un imperativo autoimpuesto por la jurisprudencia, con el beneplácito consecuente de la doctrina que sonreía confiada; había un escenario montado, con doble pliegue, donde se dividían la suerte los actos lícitos (contractual) con los ilícitos (extracontractual). Y aun cuando fuera correcto dividir las aguas de dos sectores claramente diferentes, desde lo jurídico, su ontología diversa plasmaba una perspectiva dual en relación al perjuicio del damnificado, lo que lo volvían altamente aleatorios (*vicia.*, una pérdida de chance era configurativa de reparación solo en la órbita aquiliana, no así en la contractual; la reparación del daño moral lo era a voluntad del magistrado interventor, no así en la aquiliana). Y ello sin olvidar la diferente prescripción extintiva, bienal o decenal (según sea aquiliano o contractual), ni la extensión del resarcimiento encorsetada y limitada en el contrato, lo que no ocurría en la extracontractual, donde regía una mayor libertad de ampliar las consecuencias.⁽⁵⁵⁾

En definitiva, lo que ocurría en esos tiempos de Vélez y su Código era la infiltración, dentro del sistema de la responsabilidad (por siempre, aquiliano) de un sistema reparatorio identificado “con y para” el contrato. Es decir, dos sectores distintos, que siguen siendo distintos hoy, pero que se enlazan y aúnan en un puente que transforma sus diferentes “carreteras y ciudades”, en un mismo y único “espacio común”. ¿Cuál será ese puente “mágico” con capacidad para transformar ciudades de piedra antigua en nóveles y rutilantes metrópolis colectivas? El daño.

Está claro que, por rutilante que pueda verse, no alcanza con el sustantivo seco y aislado como lo mencionamos. Requiere de algo más. Por lo pronto, el auxilio de la Teoría General de la responsabilidad, cuenta con un esquema teórico del daño, su plasmación y variantes: concreción y variables que filtran el concepto y sus diferentes mecánicas, para que hablemos de la evitación o reparación solamente

(54) Esto en la medida que el daño injusto configura la gran directriz reparadora. Perdiendo importancia el ámbito de ocurrencia del perjuicio.

(55) Justamente en el ámbito aquiliano se suponía más sueltas las reglas consecuenciales que en el contrato. Pues en aquél habían fijado su destino enmarcado en cláusulas prietas. En tanto que en lo extracontractual, el juego de las consecuencias indemnizables (inmediatas) se les sumaban las mediatas (arts. 903/4 Código Civil Velezano).

del daño injusto. No del daño a secas. Sino del daño injusto. Es decir, del daño injustamente sufrido (víctima) o injustamente inferido (victimario), pues su adecuación debe ser plena a los fines de su reparación (Alterini, 2015).

Allá en el tiempo, hacia finales de los años 90, De Lorenzo (1996) se preguntaba “¿cuándo un evento lesivo era injustamente causado?”. Y se respondía que: “... inevitablemente el reconocimiento jurídico del interés debe preexistir a su protección o tutela. Solo el menoscabo de un interés que ya haya sido reconocido por el derecho puede constituir el núcleo de afectación de una conducta ilícita. Un comportamiento será antijurídico entonces, en la medida que afecte a un interés que ya goce de relevancia jurídica” (p. 51).

A partir del daño, la exigencia de la reparación de este nos debe volver permeables y poco adeptos a esquemas anquilosados de visión retributiva: no podemos pararnos en un sector del derecho y decir que tales perjuicios nos pueden ser reparados, y en otro sector decir que la justicia se olvidó del doliente. El daño es la causa del debate. Y tan fuerte es su debate que no solo es el daño el centro del sistema.

Pero, aclarando el panorama, hay que señalar que el daño injusto (resarcible) es el mismo que teníamos en la vieja estructura velezana, pues hacia allí deriva nuestra idea de que, como sostiene Fiorenza (2018):

... el Código sigue manteniendo la clasificación dual del daño, que lo divide en patrimonial (o material) y moral (o extrapatrimonial), y no admite ninguna otra categoría (lo cual, por otra parte, violaría el principio lógico de tercero excluido, pues lo que no es patrimonial es extrapatrimonial, y viceversa). Es decir que “la afectación del bien, que causa la lesión de los intereses que un sujeto de derecho tiene sobre él –que es lo resarcible–, presupone la lesión a cosas, derechos, bienes inmateriales, con valor económico, pero también puede tratarse del proyecto existencial, la intimidad, el honor, etcétera, que constituyen para el derecho objetos de satisfacción no patrimonial” (p. 4).

También lo es su evitación. No hay magia ni voluntad a la que le podamos atribuir este cambio de concepción, sino a la simple visión antropocéntrica que tuvo la escena de la reparación civil: ayer, el victimario; hoy, la víctima. Con aquel lo central era la culpa con la que cometió el perjuicio. Hoy la víctima domina la escena. Pues es en su interés que debemos plasmar los esfuerzos resarcitorios. Y también los direccionados a evitar el daño.

9. Tópicos a considerar en materia de responsabilidad civil en la Revolución Industrial 4.0: Hacia el tratamiento y desarrollo de una noción de daño digital 4.0

No agotaremos, seguramente, los puntos que atañen al estudio del responder civil de lo que plantea la sociedad digital 4.0. Pero sí trataremos de imponernos, con el mayor rigor posible, un numeral de posibles abordajes a considerar. Sobre todo, partiendo de una normativa que ha modificado su macrovisión en torno a la reparación, pues ya no busca resarcir el daño; también busca persuadir, con hechos, su concreción.

Partiendo de la noción del emprendedor que desarrolla una determinada aplicación digital, nos apresuramos a afirmar, antes de desarrollar ese numeral, que la empresa creada por aquel emprendedor requiere ser disuadida. Y la culpa, no logra ese cometido (Mosset y Piedecosas, 2016, p. 220). Por lo pronto, su eje analítico subjetivo (y no objetivo) es la mejor herramienta para que ese emprendimiento no tenga responsabilidad frente a la víctima del daño.

Una responsabilidad objetiva, sí puede considerarse un elemento preocupante para el emprendedor/empresario que desarrolla una determinada aplicación web que sea proclive a causar daños. El riesgo de la empresa y los riesgos del desarrollo constituyen las plataformas de inclusión de la responsabilidad más evidentes que trae como novedad el Código Civil y Comercial de 2015.

Desde siempre se analizó a la responsabilidad empresarial (o de la empresa) como un tema de derecho penal. Y un tema tan apasionante como el *compliance* (ética empresarial)⁽⁵⁶⁾ también fue pensado desde el derecho penal. No sabemos muy bien porqué sucedió eso. Pero ocurrió. Y más nos cuesta entenderlo cuando el *compliance* se entiende, ni más ni menos, como aquel conjunto de procedimientos orientados a dimensionar el riesgo de la actividad, gestionarlo, administrándolo profesionalmente (Ubiría, 2015).

Entonces esto es un tema del derecho privado. No excluyentemente penal. También es civil. Y al señalarlo de esta forma estamos abarcando varias materias que lo deberían considerar insertas en su entramado legal: el derecho de las obligaciones, los contratos, la responsabilidad civil. Y también, por cierto, el derecho del consumidor.

Reflexionando un poco más en torno a la empresa y al *compliance* decimos que este último es la imposición legal de conocer mejor la praxis y la discusión prestacional. Ello, porque le impone a las empresas un mayor dominio causal de sus actividades, lo que significa elevar la vara de la previsibilidad. Y la previsibilidad es la causalidad. Y la causalidad es, desde luego, el centro del sistema -convolidado, por cierto, por la directriz clara del sistema del responder, que es la de tutelar, al máximo posible, el daño injusto-.⁽⁵⁷⁾

Traer al *compliance* (ética de los negocios) a estos tiempos es una forma de traer también a Aristóteles y a Santo Tomás de Aquino al siglo XXI, lo que puede resultar un evento de capitalización estratégica en los días por venir.

(56) "Por ejemplo, en la actualidad se ha vuelto práctica común de las empresas demandar de sus proveedores la firma de "Códigos de Conducta", según los cuales los proveedores, como socios empresariales estratégicos, se comprometen a acatar y a hacer propios los comportamientos y políticas de ética, calidad, desarrollo medioambiental y social adoptados por la empresa cliente" (Absi, 2019, p. 1).

(57) Si construimos desde los hechos, es menester organizar la empresa, con el gran rigor y gran nivel de exigencia que precisamente la ley 27.401 pareciera tener. Pues es cierto que no somos tan exigentes con el Estado como lo somos con las empresas en materia preventiva.

9.1. La actividad digital como actividades riesgosas o peligrosas

La lectura y el razonamiento sobre la norma establecida en el art. 1757 CCyC (“Toda persona responde por el daño de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización” y “La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”) nos despierta dudas cuyo análisis dejaremos para después. Asimismo, la figura planteada por dicho artículo se completa con los legitimados pasivos y la causalidad incriminadora desplegada, pues así lo asienta el art. 1758 CCyC: “Sujetos responsables. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

Por su parte, el Anteproyecto del CCyC establecía (y así fue referenciado en uno de los despachos de las **conclusiones** de la Comisión 3 de responsabilidad civil sobre actividades riesgosas o peligrosas) que:

... en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que surge del art. 1757, una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización pareciera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros ponderable conforme a una causalidad adecuada.

Dicho esto, comencemos a razonar: el contexto digital en el cual se producen diversas actividades, desarrollo de otras tantas, etc., ¿podría catalogarse como riesgoso? A nuestro entender la respuesta afirmativa se impone absolutamente.

Con un importante caudal de antecedentes en el derecho comparado,⁽⁵⁸⁾ cuando hablamos de actividades riesgosas o peligrosas,⁽⁵⁹⁾ se impone establecer un diferencial muy importante, fluyente del mismo artículo y su consideración: hablamos de actividad riesgosa y no de riesgo en la actividad,⁽⁶⁰⁾ sesgo o diferencia harto debatida en la antigua y moderna doctrina nacional.⁽⁶¹⁾

(58) Así vemos al Código Civil italiano (art. 2050); también en los códigos de Portugal (art. 493); Hungría (art. 345), México (art. 913), y en Sudamérica aparecen los códigos de Perú de 1984 (arts. 1970 y 1972), en el Código Civil boliviano de 1975 (arts. 955 y 998) y en el paraguayo (art. 1846).

(59) En el derecho comparado la referencia obligada es el Código italiano del año 1942, que plasó una cláusula general sobre actividades riesgosas por su naturaleza o por los medios empleados, estableciendo la responsabilidad con la salvedad de la prueba de la adopción de medidas idóneas para evitar el daño (en la práctica, el art. 2050 del referido Código fijaba una inversión de la carga de la prueba de la culpa). Asimismo, entre los modernos códigos latinoamericanos (Perú y Paraguay) se contemplan esas dos hipótesis de actividades riesgosas (por su naturaleza o los medios), sin llegar al llamado “riesgo circunstancial” en el que se inscribe nuestro país con una consecuente responsabilidad amplia, abarcativa de los más diversos supuestos” (Borda, 2017, p. 426).

(60) “El carácter riesgoso o peligroso de la actividad deviene de su relevante y especial peligrosidad intrínseca o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo y lugar. Puede vincularse, de tal modo, con su propia naturaleza, con los medios o elementos utilizados y con las metodologías empleadas para desplegar ciertas actividades, las cuales debe ser gobernadas por su titular” (Pizarro y Vallespinos, 2018, p. 309).

(61) En realidad, cuesta salir del esquema francés “hecho de la cosa” versus “hecho del hombre”. Y entonces señalamos una directriz posible: el evento lo produjo la “cosa” o el “hombre”. Pero

La actividad, por su parte, denota una serie de eventos humanos, enlazados con otros donde juegan elementos materiales (mecánicos) o inmateriales. En todos los casos, pueden estar combinados entre sí.

Un diferencial de mayor atenuación lo configura el distingo entre actividad “riesgosa” o “peligrosa” –y es atenuado en la medida que se trata de un doble adjetivo utilizada por la ley-. “Pese a ello, se trata de una figura única (actividad riesgosa o peligrosa), a la que puede aludirse utilizándose alguno de esos adjetivos o ambos de manera conjunta” (Pizarro y Vallespinos, 2018, p. 309).

Las *XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (2019), celebradas en la provincia argentina de Santa Fe, depararon una sorpresa mayúscula, al incluir como actividades riesgosas (enumeración ejemplificativa, no taxativa, por lo que en el futuro se podrían incluir otras) a la utilización de algoritmos, las actividades cibernéticas, las plataformas digitales y los sistemas operados por inteligencia artificial (y ello votado por unanimidad). También se reconoció que los arts. 1757 y 1758 CCyC deben ser reconocidas como la normativa genérica a aplicar a este tipo de actividades riesgosas o peligrosas, lo que no obstaculiza la presencia de otra normativa experta, destinada a casos especiales, como las señaladas por el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor,⁽⁶²⁾ o la del propio art. 1767 CCyC.⁽⁶³⁾

9.2. Datos personales

La seguridad con la que la información fluye configura también un elemento central de las evaluaciones que se realizan en torno a las diferentes situaciones con las que las tecnologías de la información facilitan la generación de riesgos. Es, asimismo, una plataforma para el análisis de cómo los diferentes actores confluyen y ejecutan su actividad en un vínculo indisoluble con las tecnologías de la información, tan cercanas e indispensables como dañinas.

La información digitalizada como elemento base de la intercomunicación personal atiende a los aspectos del flujo de información relacionada con la forma de transmitir iniciativas, realizar transacciones, formalizar ofertas y demandas, realizar campañas publicitarias, llegar a acuerdos, acercar posiciones, fomentar

aun cuando nos esforzáramos en hacerlo, la decisión para aproximarnos a la idea apuntaría, también, a un distingo categorial como el anterior marcado por el protagonismo de la cosa. Es decir, el evento dañoso se produjo con el protagonismo (activo) o sin aquel protagonismo.

(62) El art. 40 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor señala: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio”.

(63) El art. 1767 CCyC establece: “Responsabilidad de los establecimientos educativos. El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Esta norma no se aplica a los establecimientos de educación superior o universitaria”.

colaboraciones, incluso ratificar de manera formal acuerdos punto a punto: tan solo algunos supuestos en los que la materia de responsabilidad de daños podría tener un tratamiento diferencial.

La existencia de bases de datos ha hecho aumentar en forma considerable la amenaza potencial contra el derecho a la intimidad (esto en referencia al daño irreparable que podría sufrir un sujeto por hacer pública su intimidad), lo que fuerza a una atención promiscua por parte de nuestro ordenamiento jurídico, tanto en su faz preventiva como en su mirada represiva (Carrascosa, 1992).

En principio, los daños sufridos por el titular de los datos serán morales en mérito a que los bienes jurídicos protegidos serán la intimidad y la privacidad, ya que los datos incluidos en las bases de datos están directamente vinculados con la persona titular de los mismos. Esto sucede en los casos en que se incluyan datos que fueren falsos o erróneos, determinados como pertenecientes a una persona en una base de datos, o en casos de cesiones de datos efectuadas en contrariedad para con las disposiciones normativas y sin autorización del titular de estos, o en los supuestos en los que no se mantenga su confidencialidad o estos no fueren suprimidos o bloqueados cuando así debiere procederse.

En principio, los daños provenientes del tratamiento de datos personales afectan un interés extrapatrimonial como la privacidad –con sus correlatos en la intimidad, el honor, la dignidad–, también pueden generar afectación a intereses patrimoniales. Esto sucede más frecuentemente cuando los daños derivan de un banco de datos cuyo destino sea la prestación de servicios de información crediticia. Sin embargo, también deberíamos entender que en internet y en los dispositivos interconectados existe “el derecho a la protección de los datos personales salió definitivamente del cómodo y estructurado banco de datos y saltó a la calle virtual, aplicándose a todo tratamiento de datos personales en cualquier medio técnico” (Ruiz Martínez, 2019, p. 1).⁽⁶⁴⁾

El hecho de que la información no envejezca permite a los buscadores una mejor organización y disposición de esta para que los usuarios puedan obtenerla. La pregunta sería en este caso: ¿cuánto se tensaría la cuerda entre dos derechos enfrentados: la intimidad personal y la libertad de la información?

A tenor de lo planteado, deberíamos tener en consideración lo dispuesto por la Ley 26.032 de Servicio de Internet (2005), normativa que en el marco de internet, considera que a la búsqueda, recepción y difusión de la información e ideas de toda índole (utilizando los servicios de la web) están comprendidas en el elenco de derechos protegidos por la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (Ruiz Martínez, 2019, p. 2). Y en esa directriz, por la interpretación

(64) La misma Ley 25.326 de Protección de Datos Personales establece esto: “Artículo 1º. (Objeto). La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos...”.

doctrina del Código Civil y de la jurisprudencia vertida en el sonoro caso “Campillay” (Fallos: 308:789), de 1986.

Cabría colegir, entonces, “que la actividad informativa que se desarrolla en Internet –incluyendo sus servidores en cuanto a su soporte– no se encuentra alcanzada por las disposiciones relativas a la protección de los datos personales, siempre y cuando no realicen un tratamiento de datos personales en los términos de la Ley 25.326...” (Ruiz Martínez, 2019, p. 2).

Uno de los problemas que subyace sería ¿qué hacer con el consumidor hipervulnerable cuando sufre un daño? ¿Quién hace efectivo el daño que sufrió abonando la indemnización correspondiente? En la respuesta de este interrogante está buena parte de la doctrina empeñada a brindar una solución.

Un intento de respuesta sería este: pongamos en el escenario de la ejemplificación a los bots.⁽⁶⁵⁾ Supongamos la creación de una serie de casillas de mails falsas. Con este ejemplo pasaría algo parecido al juego del dominó, que se activa con el movimiento de la primera pieza y luego de esta moverse y caer, contagia de movimiento al resto de las piezas cercanas y así, mutuamente, se van cayendo una detrás de otra: una mecánica que hace que el rastro de origen se pierda en la marea de fichas caídas.

Si el derecho civil es, en esencia, reparador, debemos tener muy claro el derecho que se vulnera al producirse un daño. Y lo que se vulnera no es otra cosa que la capacidad de disponer de nuestros datos. Los que uno mismo genera por propia voluntad. Y este derecho se esmerila cuando los demás se capitalizan con los datos de otros. Aquí gira la cuestión a una variable económica. Este es, verdaderamente, el centro del problema.

Si los datos los genera el sujeto X, entonces son del sujeto X y no de Y (y los que vengan detrás), porque Y, que los toma y capitaliza (por ejemplo, explotándolos económicamente), no podría hacer absolutamente nada sin los datos de X; y si Y no lo cree, sería mejor que intente hacer lo mismo con sus propios datos y no con los de X. Este argumento simple, debería ser entendido como la madre de todos los argumentos en torno a la titularidad de los datos⁽⁶⁶⁾ y de su defensa.⁽⁶⁷⁾

(65) “Un bot es un software o programa informático preparado para realizar tareas repetitivas a través de Internet como si de un humano se tratase, es decir, con cierta inteligencia. Por ejemplo: alguna vez habrás usado un sistema de reconocimiento de voz. Este sistema es capaz de llevar a cabo la acción que deseas: buscar un restaurante, poner tu canción favorita. El programa o programas encargados de realizar estas tareas son los llamados bots” (¿Qué es un bot y para qué sirve? Raiola Networks, <https://raiolanetworks.es/blog/que-es-un-bot/>)

(66) “Es de resaltar el control que sobre los aspectos de su vida privada tiene el individuo y su núcleo familiar, y que, la autorización o consentimiento de la víctima no quita al dato el carácter de integrante de su vida privada, sino que elimina el carácter de antijurídico de la intromisión cambiando las bases de una posible reparación del daño sufrido con la revelación, si se tiene que fue consentida” (Torres, 2002, p. 286).

(67) El derecho a la protección de los datos personales es “la facultad conferida a las personas para actuar por se y para exigir la actuación del Estado con el fin de obtener la tutela de los

En cuanto a su clasificación, los datos pueden analizarse desde una perspectiva general o desde el dominio del dato en su relación con el entorno. Ahora bien, atendiendo a su confidencialidad, los datos suelen clasificarse en públicos o privados. Los privados, a su vez, pueden dividirse en íntimos o secretos. Y estos últimos, ser de dos tipos: profundos o reservados.⁽⁶⁸⁾

En tanto y en cuanto, sean conculcados, los datos sensibles son de una altísima densidad resarcitoria. Los mismos refieren a circunstancias de la vida privada o intimidad, tales como hábitos personales, origen racial, ideologías políticas, creencias religiosas, estados de salud (físicos o psíquicos), relacionamiento sexual.

Al mismo tiempo, desde el punto de vista del derecho internacional, se verifica una tríada de legislación europea que blinda el espacio íntimo de la persona, protegiendo al dato sensible.⁽⁶⁹⁾

Otra situación que subyace en el presente análisis de los datos y los potenciales daños a sufrir por su manipulación lo constituye el denominado *open banking*⁽⁷⁰⁾ y la PSD2⁽⁷¹⁾ como nuevos servicios financieros. Y la pregunta que logra aflorar el potencial escenario dañoso por venir es la siguiente: ¿quién sería el dueño de los datos?, también otro interrogante estaría dado por saber ¿por qué razón los bancos permitirían a terceros acceder a sus bases de datos? Estamos hablando nada menos que la *fintech* del momento: los medios de pago electrónicos, cuyo volumen global, según los especialistas en este tipo de transacciones, crecerá 14% cada año hasta el 2022.

diversos derechos que pudieran verse afectados en virtud de aquellas operaciones de tratamiento de los datos de carácter personal que les conciernen” (Pucinelli, 2004, pp. 8-9).

(68) “De todas formas, los datos personales son propios e inseparables de la persona (su titular) que será la que decida cuándo y cómo quiere que su dato sea o no conocido, sea o no difundido, en ejercicio de su derecho a la libertad y de poder presentarle a su entorno en la forma, momento y lugar, que considere oportuno, respecto a la identificación y definición de las características propias a su persona” (Davara, 2015, pp. 58-60).

(69) Las tres normativas serían: la ley española 15/999, que distingue tres tipos de datos sensibles (a) relativo a ideología, religión, creencias, afiliación sindical; b) relativos a origen racial, la salud y la vida sexual; y c) relativos a la infracción de leyes penales o administrativas); el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981 (art. 6), que establece una categoría particular de “dato determinado” y que veda el tratamiento de los datos de carácter personal, sobre: origen racial, opinión política, convicciones religiosas, salud, vida sexual y las condenas penales. Finalmente, el Reglamento General de Protección de Datos Europeo (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos). Disposición que comenzó a regir en el mes de mayo de 2018.

(70) “¿Qué es el *open banking*? es el que permite el intercambio de datos entre bancos y nuevos operadores que ahora pueden acceder a las infraestructuras bancarias” (Cantalapiedra, 2019).

(71) “La Normativa PSD2 establece que los datos que se generan en la relación entre cliente y banco, pertenecen al propio cliente y no a la entidad financiera. Por ello, el banco tiene que permitir el acceso a ellos a terceros, siempre que el cliente lo consienta” (Cantalapiedra, 2019).

10. De plataformas (redes sociales) y daños

La filtración de datos jamás vista hasta el momento y que afectaría a más 50 millones de cuentas de Facebook en los EE UU ha sido el último golpe –jamás imaginado– por la firma fundada por Mark Zuckerberg. Ahora bien, ¿por qué razón nos debería sorprender que la propia compañía sostenga que no se trató de una filtración porque fueron los propios usuarios los que entregaron la información disponible?

La respuesta viene en forma de moraleja: vivir en el mundo de lo gratuito, en el corto o el mediano plazo, se compensa con algún detrimento. Es verdad, no pagamos absolutamente nada por el uso de plataformas como Facebook. En mi caso personal, tengo la misma cuenta desde el año 2009 y juro que jamás me han enviado una intimación por falta de pago.

Al mismo tiempo, nunca me pregunté cómo se sostenía esa gratuidad.

Entonces, aplicando la ingeniería reversa y algunos buenos artículos de la nube me supe contestar ese interrogante de allá arriba: si no pagamos por el producto, el producto somos nosotros. Bueno, y en ese entorno siempre amigable, donde nos comentamos cuestiones, entre privadísimas y triviales, aparecen cotidianamente cuestiones no divisibles como una u otra, por ejemplo gustos, costumbres, creencias, amistades, discusiones políticas con tus amigos, o disputas con quienes ni siquiera conoces. Y muchas veces, y esto es lo irónico, sintetizado en un “me gusta” de aquello que se publicó (y que implica contestar todo al mismo tiempo, perfilando tu vinculación con 100 bases de datos distintas, segmentadas por categorías que desconoces). Una verdadera mina de oro de contenidos que generamos: “cuándo, cómo, qué y con quién los compartimos es lo que da valor a la herramienta” (Iberoamérica divulga, 2018).

Está más claro ahora: no medimos las implicancias de lo gratuito.

Lo repetimos: nuestros datos son la mina de oro de las redes y los contenidos que generamos “nosotros” –esto es: el cuándo, el cómo, el qué y con quién los compartimos– es lo que da **valor a la herramienta**.

Cuando ingresamos por primera vez a una red social para darnos el alta, aceptamos sin hesitaciones todo lo que incluye en el aviso legal. También cuando ponderamos en demasía el llanto de nuestros hijos y les permitimos bajar una aplicación de juegos (Play Store) que nos pide como condición visualizar todo lo nuestro. ¿Qué importancia puede tener algo que autorizo de manera tan rápida? ¿Cuán privada puede ser una visualización de mis contactos, si no se trata de personas importantes? Son mis amigos, ¿qué secretos pueden guardar ellos?, ¿qué secretos puedo guardar con relación a ellos? Estas son las preguntas que nos hacemos mientras autorizamos todo. Y así vemos a nuestros datos transformados en costumbres, hábitos de lectura, gustos musicales vinculados con otros tantos que se vincularon por su gratuidad. Algunos nos planteamos

si es correcto o no, si no resulta acaso abusivo. De todas maneras, ya lo hemos aceptado.

Otros de los problemas jurídicos que causa la tecnología web, se relacionan, con mayor estelaridad, con la responsabilidad jurídica de los proveedores de internet (proveedores de acceso, interconexión, almacenamiento, publicación y alojamiento de contenidos, etc.). Es clave entender, que en esta gran burbuja informativa se vulneran⁽⁷²⁾ toda una gama de derechos, muchos de estos confrontados y en tensión, pues nadie duda que lo verdaderamente relevante es el derecho a la información, aunque en este escenario de tensiones se jueguen partidas de ajedrez interpretativas en torno a la protección de derechos personalísimos (Pizarro y Vallespinos, 2018, p. 406).

Uno de esos actores en el escenario dañoso son los buscadores, cuya finalidad, precisamente, es buscar espacios de información. Para ello, ofrecen un servicio que sería el de brindar información dirigiéndose a esos sitios de la web que los almacenan direccionando la búsqueda, ordenando la navegación del internauta. Los motores de búsqueda suelen ser megaempresas como Google, Yahoo, Bing, MSN, Safari (Apple), etc.

En torno a la actividad desarrollada por los motores de búsqueda, suelen surgir preguntas inquietantes en torno a la privacidad y las nuevas tecnologías, que apuntan a señalar con toda crudeza la muy posible intromisión del Estado en ese juego de manipulaciones que produce el relacionamiento humano-web. Algo que bien se nos pudo haber salido de control. ⁽⁷³⁾ Por ejemplo, cuando buscamos información por Google desde nuestro nuevo celular, ignoramos que estamos tratando con un robot (ese celular que nos acompaña, día y noche, sin pausas ni para lo más íntimo, lo es), entonces, en base a la posibilidad de perder nuestros espacios de intimidad, cabría la pregunta: ¿deberíamos limitar el acceso de los robots a nuestras vidas? Realmente lo dudamos de hecho:

Gmail nos hizo dar por buena la idea de que los robots deben leer nuestro correo para filtrar el spam y presentarnos publicidad. Si aceptamos en su momento que Google pudiera leer robóticamente nuestros mensajes a cambio de una cuenta gratuita de

(72) Esta cuestión, relacionada con la proliferación de “notificas falsas” o “fake news” en épocas electorales, ha sido objeto de discusión en foros internacionales con motivo del escándalo vinculado con la red social Facebook y la consultora “Cambridge Analytica”. Esta consultora fue acusada de haber obtenido información de los usuarios de Facebook para dirigir campañas políticas orientadas, tomando en consideración los gustos, preferencias y perfil de estos usuarios.

(73) Hasta la consideración objetiva vertida en las *XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, celebradas en la provincia de Santa Fe (2019), la visión era “aunque con importantes discrepancias (...) que los buscadores no crean ni modifican la información que publican los sitios web que indexan y clasifican a través de sus programas de rastreo, por lo que no pueden ser responsabilizados de esa información. Serían meros intermediarios entre los usuarios y las páginas de internet donde se halla alojada la información, sin que exista ningún vínculo contractual entre los buscadores y los terceros proveedores de la información. Por lo tanto, a los damnificados no les quedaría otra opción que la de dirigir su acción en contra de los responsables y/o autores de los contenidos dañosos...” (Borda, 2017, pp. 481-482).

correo, ¿cómo podemos argumentar que está mal que una agencia gubernamental lea nuestro tráfico de datos en INTERNET para protegernos? (Keenan, 2017, p. 228).

Por lo tanto, parece temerario ser asertivos en torno a la respuesta posible que daríamos a aquella pregunta. Pues nadie detiene al robot que le brinda al humano comodidad y seguridad. Es decir, un amparo inesperado.⁽⁷⁴⁾

La curiosidad lo puede todo. Desde matar a los gatos hasta asumir riesgos. Asumamos los riesgos. Sin embargo, debemos resolver el problema, pues depende de ello la no afectación de nuestros derechos personalísimos en tanto estamos hablando de los dos grandes ejes rectores que lo integran: por un lado, la intrusión en nuestra vida privada; por el otro, las publicaciones que se pueden verter sobre nosotros –ya sean, por ejemplo, periodísticas o de particulares anónimos como expusimos antes–.

En el art. 75, inc. 22 CN se yergue un derecho máximo al tiempo que una herramienta garante de nuestra libertad: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de altura legal máxima, y con profundas implicancias en el amparo de libertades individuales.⁽⁷⁵⁾ Por su parte, nuestro art. 1770 CCyC, en su primera parte, condena la intromisión arbitraria en la vida ajena en sus diversas manifestaciones –por ejemplo, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier manera su intimidad–, regulando que aquel que lo hiciere debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias –lo que abre el abanico de situaciones en materia de daños a reparar–.⁽⁷⁶⁾

El camino recorrido, según vimos, es amplio y debatible. Más todavía si se observa con cierta confianza que la norma jurídica existente se muestra fuerte y estable, con capacidad de contestar al desafío planteado por el desarrollo digital. De todas maneras, este está planteado y es difícil. Por ello decimos que habría que pensar en proyectar ciertos ajustes. Pero aún no con la profundidad que supusimos al comienzo del presente documento.

(74) “Hace unas décadas, los seres humanos no teníamos que firmar demasiados contratos o acuerdos (lejos del matrimonio y un par de cosas más). Hoy en día no tendríamos tiempo en leer los términos de uso de la cantidad de servicios que utilizamos, y eso podría traernos algún que otro susto. Es por eso que una plataforma como Guard tiene tanto atractivo. Se trata de una inteligencia artificial que se encargará de leer las políticas de privacidad por nosotros, para así “detectar las amenazas” que esconden. Un punto positivo es que nos mostrará ya en esta web principal unas puntuaciones que nos indican si el producto tiene más o menos “puntos negros” en cuanto a privacidad se refiere” (Araujo, 2019).

(75) Cfr. art. 75, inc. 22.

(76) “Por lo tanto, el Código prevé dos consecuencias ante el entrometimiento arbitrario en la vida ajena. Por un lado, el cese de la actividad; por el otro, el pago de una indemnización que no parece estar limitada a la reparación del daño moral (o afecciones espirituales legítimas en los términos del art. 1738), sino que se extiende a cualquier daño sufrido, de acuerdo a las circunstancias” (Borda, 2017, p. 481).

11. Conclusiones

Superado el vértigo producido por un avance tecnológico que marcha a increíble velocidad, se impone la plasmación de un derecho preparado y de eficaz respuesta. Tiempos disruptivos imponen una agenda legislativa siempre atenta, pues la tecnología amenaza y resignifica derechos. La dignidad humana, que toma al ser humano como centro del sistema del responder civil, así lo exige. No se trata de legislar lo novedoso solo porque lo es. Pues podría resultar peligroso creando con ello un derecho centrífugo, disperso y variado; por implicancia, poco seguro y abierto a una pronta y segura obsolescencia.

En este sentido, el art. 1708 CCyC ha sido disruptivo, pues ha incorporado a la hermenéutica sustantiva una visión de elevado valor axiológico: la prevención del daño. Por otra parte, el riesgo de la empresa y los riesgos del desarrollo constituyen las plataformas de inclusión de la responsabilidad más evidentes que trajo como novedad el Código Civil y Comercial de 2015.

En nuestro trabajo, procuramos mostrar cómo el contexto digital en el cual se producen y desarrollan diversas actividades puede catalogarse como riesgoso. Entendemos que los arts. 1757 y 1758 CCyC se encuentran en sintonía con nuestra postura afirmativa. Como se sostuvo por unanimidad en las *XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (2019), hay que incluir entre las actividades riesgosas (enumeración ejemplificativa): la utilización de algoritmos, las actividades cibernéticas, las plataformas digitales y los sistemas operados por inteligencia artificial. Tenemos que tener en cuenta, también, algunas normas especiales, como el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, o el propio art. 1767 del citado CCyC.

Otra cuestión importante se vincula con la protección de los datos personales. Si hubiera daños provenientes del tratamiento de datos personales, ello afecta un interés extrapatrimonial –como la privacidad, con sus correlatos en la intimidad, el honor, la dignidad–, pero también puede generar afectación a intereses patrimoniales. Esto sucede más frecuentemente cuando los daños derivan de un banco de datos cuyo destino sea la prestación de servicios de información crediticia.

La cuestión de la responsabilidad también se extiende a los proveedores de internet (proveedores de acceso, interconexión, almacenamiento, publicación y alojamiento de contenidos, etc.). En esta gran burbuja informativa se pueden vulnerar toda una gama de derechos, especialmente los derechos personalísimos. Eso supone tener en cuenta al art. 75, inc. 22 CN y al art. 1770 CCyC.

En definitiva, se trata de un derecho que siga manteniendo el horizonte de respeto a la persona y su dignidad, en medio de la Revolución 4.0

11. Referencias bibliográficas

Abásolo, E. (2018). Experiencias de reforma en el derecho privado argentino y latinoamericano, entre el agotamiento de la cultura jurídica del *ius commune* y el cuestionamiento de la codificación inicial. Ponencia presentada en el Seminario de Direito Civil Comparado

- Brasil e Argentina, 25 de octubre de 2018. Associação Mineira de Professores de Direito Civil (AMPDIC).
- Absi, F.** (2019). La imagen empresarial como activo intangible. *El Derecho*, 4 de septiembre de 2019, 14.705.
- Alterini, A. y López Cabana, R.** (1996). *Temas de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Alterini, J.** (Dir.). (2015). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Antonopoulos, A.** (2015). *Mastering Bitcoin. Unlocking Digital Cryptocurrencies*. Sebastopol (CA), O'Reilly Media.
- Araujo, S.** (2019). Esta inteligencia artificial lee las políticas de privacidad por ti y señala las posibles amenazas. *Genbeta*. Recuperado de: <https://www.genbeta.com/actualidad/esta-inteligencia-artificial-lee-politicas-privacidad-ti-senala-posibles-amenazas>.
- Arias Cau, E. y Nieto, M.** (2017). Cuantificación del Daño // Región NOA; Valor Vida. Incapacidad Psicosfísica. Derechos Personalísimos. *Análisis doctrinario y jurisprudencial. Cuadro de situación*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Borda, A.** (2017). *Contexto Jurisprudencial y Doctrinario del Código Civil y Comercial de la Nación. Obligaciones y Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Borda, A.** (Dir.); Fossaceca, C., Ubiria, F.; Muller, E.; Werlen, C. (2017). *Derecho Civil y Comercial. Obligaciones*. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Cáceres, E.** (2016). Inteligencia Artificial, derecho y E-JUSTICE (El Proyecto IJ - CONACYT). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 39(116), may./ago. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332006000200012&script=sci_arttext
- Calvo Costa, C.** (2017). Las Nuevas Fronteras del Daño Resarcible. En *Presente y Futuro de la Responsabilidad Civil: El Principio de No Dañar al "Otro"*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Cantalapiedra, M.** (2019). Open Banking y PSD2: Los nuevos servicios financieros. Think Big/ Empresas. Recuperado de: <https://empresas.blogthinkbig.com/open-banking/>
- Carrascosa López, V.** (1992). Derecho a la Intimidad e Informática. *Revista de Informática y Derecho*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4482969.pdf>
- Chazan, M.** (2012). Microstatigraphic evidence of in situ fire in the Acheulean strata of Wonderwerk Cave. *PNAS*, 109(20) E 125-E1220.
- Cossari, M.** (2019). La acción preventiva en la jurisprudencia reciente. *El Derecho*, 14,660. También en La Ley On Line AR/JUR/99034/2017.
- Davara, M.** (2015). *Manual de Derecho Informático*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- De Lorenzo, M.** (1996). *El daño injusto en la responsabilidad civil (Alterum Non Laedere)*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Efiempresa. (s/f) En plena evolución disruptiva de Internet 4.0. *Efiempresa*. Recuperado de: <https://efiempresa.com/blog/efiempresa-evolucion-disruptiva-de-internet-4-0/>

Facebook puede ser obligada a retirar contenidos difamatorios según una sentencia del TS-JUE. *El Periódico*, 03/10/2019. Recuperado de: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20191003/facebook-puede-tener-que-retirar-contenidos-difamatorios-segun-una-sentencia-del-tsje-7664246>

Florenza, A. (2018). El daño resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *El Derecho*.

García, E. (3 de octubre de 2019). Facebook podría ser obligada a borrar publicaciones en todo el mundo: reporte. *Cnet*. Recuperado de: <https://www.cnet.com/es/noticias/facebook-ue-sentencia-comentarios-ilicitos/>

Goldemberg, I. (2000). *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: La Ley.

Gross Espiell, H. (2003). La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos. PNUD. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, 4, pp. 193-223.

Harari, Y. (2016). *Homo Deus*. Barcelona: Debate.

Iberoamérica Divulga. (31 de marzo de 2018). *Congreso sobre Tendencias Futuras y Emergente en Tecnología del Lenguaje, Aprendizaje Automático y Big Data*. Exposición sobre "Facebook: Tocado y ¿hundido?". Divulgación y cultura científica de la OEI. Recuperado de: <https://www.oei.es/historico/divulgacioncientifica/?Facebook-tocado-y-hundido>

Iñigo Fernández, L. E. (2012). *Breve historia de la Revolución Industrial*. Madrid: Ediciones Nowtilus S.L.

Keenan, T. (2017). *Tecnosinistro. El Lado Oscuro de la Red*. Buenos Aires: Eudeba.

Kissinger, H. (2014). *Orden Mundial*. Barcelona: Debate.

Lamanna Guiñazú, E. (6 de junio de 2008). Interpelación electrónica (la constitución en mora del deudor por correo electrónico). *El Derecho*, 12.023.

----- (4 de febrero de 2010). La noción de equidad y el fortalecimiento de la gestión informática judicial. A propósito de la sentencia "Castro". *El Derecho*, 12.436.

López Olaciregui, J. M. (1978). Esencia y fundamento de la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Comercial*, 1.

Morozov, E. (s/f). El desengaño de Internet (Los Mitos de la Libertad en la Red). Recuperado de: <https://elagoravirtual.files.wordpress.com/2018/04/el-desengano-de-internet-evgeny-morozov.pdf>

Mosset Iturraspe, J. (1992). El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad. *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daño a la Persona, Tomo 1*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2016). Responsabilidad por Daños. *Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994. Tomo IX: Responsabilidad de la Empresa*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

- Oculus VR.** (25 de marzo de 2014). Oculus se une a Facebook. Recuperado de: <https://www.oculus.com/blog/oculus-joins-facebook/>
- Oliván Cortés, R.** (21 de abril de 2016). *La Cuarta Revolución Industrial. Un Relato desde el Materialismo Cultural (The fourth cultural revolution, a tale through cultural materialism)*. Seminario sobre "Cultura urbana para la inclusión social en Latinoamérica. Bruselas: Secretaría General Iberoamericana (SEGIB).
- Orgaz, A.** (1957). *La Culpa*. Córdoba: Marcos Lerner.
- Pizarro, R. y Vallespinos, C.** (2018). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II - "Parte Especial"*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Pollo-Cattaneo, M. F.** (2018). *Resolviendo problemas en los sistemas de información*. Buenos Aires: CEIT.
- Pucinelli, O.** (2004). *Protección de datos de carácter personal*. Buenos Aires: Astrea.
- Ruiz Martínez, E.** (6 de setiembre de 2019). La protección de los datos personales en Internet (Una tarea ineludible). *El Derecho*, 14.707, ED 284.
- Sabán, A.** (3 de octubre de 2019). La justicia europea sentencia que los tribunales de la UE pueden ordenar a Facebook eliminar comentarios ilícitos. *Genbeta.com*. Recuperado de: <https://www.genbeta.com/redes-sociales-y-comunidades/justicia-europea-sentencia-que-tribunales-ue-pueden-ordenar-a-facebook-eliminar-comentarios-ilicitos>
- Sosa Escudero, W.** (2019). *Big Data. Ciencia que Ladra* (5ta. ed). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Srnicek, N. y Williams, A.** (2018). *Inventar el Futuro. Postcapitalismo y un Mundo sin Trabajo*. México: Malpaso México.
- Taleb, N.** (2016). *Antifrágil*. Barcelona: Paidós.
- Tofler, A.** (1983). *Avances y premisas*. Barcelona: Editorial Plaza & Janés.
- Torres Torres, H. W.** (2002). *Derecho Informático: delitos informáticos, software, contratos informáticos, informática jurídica, habeas data*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Tucci, G.** (1967). La risarcibilità del danno da atto lecito nel Diritto civile. *Riv. dir. civ.*, 1(2), pp. 220-245.
- Ubiria, F.** (2015). *Derecho de Daños en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Vázquez Ferreyra, R.** (1988). *La obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo*. Rosario: Ed. Vélez Sársfield.

12. Referenciales jurisprudenciales

- Cám. Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Trib, Mendoza**, "C.F.J Y R. F. C./ C. M. V. P/ Acción Preventiva", 9 de setiembre de 2019.
- CCCiv y Com. Fed.**, Sala II, "S. C.F. Y Otro c./Google Inc./acción preventiva de daños", 27 de diciembre de 2017.

CSJN, “Fabro, Víctor Y Otra c/Provincia de Río Negro Y Otros”, 9 de noviembre de 2000, Fallos: 323:3564.

CSJN, “Morea, Mariana M. c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, 30 de marzo de 2004, Fallos: 327:857.

CSJN, “Ontiveros, Stella M. c./Prevención ART Y Otro s./ Acc. - inc. y cas.”, 10 de agosto de 2017, Fallos: 340:1038.

CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis Y Otra c/Ejército Argentino”, 27 de noviembre de 2012, Fallos: 335:2333.

CSJN, “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, 5 de agosto de 1986.