

La responsabilidad civil del gestor de bases de datos en la informática jurídica

Gastón Fernández Cruz

Abogado. Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

1. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL APARENTE ENFRENTAMIENTO DE LAS PERSPECTIVAS DIÁDICA Y SISTÉMICA DE LA RESPONSABILIDAD.

Una primera pregunta que, en nuestro concepto, siempre debe plantearse un legislador antes de emprender la tarea vital de regular determinadas áreas de la vida social, debe radicar en cuestionarse si existe o no la necesidad de regular ciertos tipos de contactos intersubjetivos; esto es, si merecen o no juridicidad. Tal necesidad, parece haber encontrado un marco natural de tutela jurídica a través de instituciones como el contrato y la responsabilidad civil. Es más, uno de los aportes tal vez más significativos al derecho civil patrimonial contemporáneo en este aspecto, proviene sin duda del análisis económico del derecho y, concretamente, de los profesores Calabresi y Melamed⁽¹⁾. Se atribuye a estos autores, el haber demostrado la existencia de una “relación simétrica” entre las referidas instituciones del Derecho. En palabras de Jorge Eduardo Bustamante “si no existiese un régimen de responsabilidad civil sino solamente un sistema de derechos individuales absolutamente protegidos mediante la regla del contrato, ninguna actividad podría desarrollarse, pues todas implican

algún riesgo de daños a terceros y como tales, estaría prohibida su realización si no existiesen acuerdos previos de todos los posibles afectados.

De este modo, la responsabilidad civil es el correlato del contrato como forma institucional de permitir el desarrollo de actividades que eventualmente podrían afectar los derechos ajenos, cuando la negociación previa ha sido imposible⁽²⁾.”

La cita precedentemente transcrita, tiene la virtud de demostrar cómo la responsabilidad civil, como institución toda, tiene esencialmente una finalidad fundamental analizada a un nivel macrosocial y macroeconómico: el de incentivar o desincentivar el desarrollo de actividades. Al respecto, ya en nuestro medio el profesor De Trazegnies, siguiendo en esto a Steiner, había postulado una diferenciación entre la percepción diádica y sistémica de la responsabilidad civil, resaltando el hecho que ésta debía ser entendida considerando “a los diferentes participantes del accidente (causante, víctima, seguro, etc.) como partes interrelacionadas de un esquema más amplio y social; (...) elementos de un contexto de relaciones entretejidas⁽³⁾”; y no “como un interruptor de corriente, con sólo dos puntos: *off* (el peso económico permanece en la víctima porque no se reconoce responsabilidad

- (1) CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the cathedral*. En: *Harvard Law Review*. Vol.85. No.6. Abril, 1972. pp.1089-1128. En nuestro medio existe traducción al castellano realizada por ZAVALA, Ximena y SOTELO, Eduardo, publicada en *Themis-Revista de Derecho*. Segunda Epoca. No.21. Lima, 1992. pp.63-86.
- (2) BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. *Análisis Económico de la Responsabilidad Civil*. En: *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Libro dirigido por Alberto J. Bueres. Vol.1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p.162.
- (3) DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. En: *Biblioteca para Leer el Código Civil*. Vol.4. Tomo 1. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988. pp.58-59.

en el causante) y *on* (el peso económico se traslada al causante porque se establece la responsabilidad de éste)⁽⁴⁾). Sin embargo, la verdad, como parece normalmente manifestarse, no se ubica en posiciones totalmente antitéticas, sino que, por el contrario, toma posiciones eclécticas que terminan por demostrar que la responsabilidad civil puede, de hecho, exteriorizarse en cualquier relación jurídica intersubjetiva concreta de cooperación, es decir, en cualquier tipo de vinculación individual de sujeto a sujeto (nivel microsociedad y microeconómico de la responsabilidad civil); empero, en la medida que cada vinculación intersubjetiva conforma, con otras, una unidad social orgánica, que es precisamente aquella en donde el Estado ejerce su poder expresado en este caso bajo la función relacional del derecho de garantía de la convivencia pacífica, la responsabilidad civil se manifiesta también, de hecho, con otras finalidades que persiguen servir a la sociedad toda, entendida como sumatoria de intereses particulares (nivel macrosociedad y macroeconómico de la responsabilidad civil). Estas finalidades de la responsabilidad civil desde una perspectiva sistémica normalmente se condicen con las finalidades de la misma desde la perspectiva diádica, aun cuando, en aras del interés superior de desarrollo de la sociedad toda, a veces, alguna finalidad de la responsabilidad civil desde la perspectiva diádica puede ser sacrificada en beneficio de otra finalidad de la responsabilidad, desde la perspectiva sistémica. Esto es lo que un sector de juristas contemporáneos no son capaces aún de entender y se enfrascan en una estéril discusión y defensa de alguna finalidad de la responsabilidad civil, que consideran esencial.

Normalmente se ha atribuido a la denominada “doctrina clásica de la responsabilidad civil” la defensa de la perspectiva diádica de la responsabilidad y de la denominada “función reparadora del daño”; e, inclusive algunos audaces comentaristas del derecho civil patrimonial, han creído conveniente establecer una sinonimia entre “doctrina

clásica” y atraso intelectual o, peor aun, una sinonimia entre la defensa a ultranza de la función reparadora del daño, con el sistema del *civil law*; reservando al sistema del *common law* la defensa de la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil y, con ello, de la denominada “función de prevención del daño”.

En realidad, lo indicado precedentemente constituye a todas luces una falacia jurídica y una “miopía intelectual”. Si bien es cierto que el desarrollo de la denominada función de prevención del daño atribuida a la responsabilidad civil va unida históricamente a los cultores del *common law*⁽⁵⁾, resulta evidente que en la actualidad nadie duda que un sistema moderno de responsabilidad civil, pertenezca o no a los sistemas del *common law* o del *civil law*, debe reunir o reconocer indiscutiblemente tanto la función satisfactoria del daño (*compensation*) como la función de prevención del daño (*deterrence*). Cultores propios del *civil law* reconocen lo antes indicado en forma expresa, como por ejemplo André Tunc⁽⁶⁾, quien atribuye a la función de prevención de comportamientos antisociales y a la función indemnizatoria de la víctima de un daño, la calidad de “funciones indiscutibles y fundamentales de la responsabilidad civil”. Asimismo, autores que desarrollan su actividad dentro del sistema del *civil law*, pero manifiestan conocimientos profundos de derecho comparado (sistema del *common law*), han logrado particularmente en Italia⁽⁷⁾- explicar la amalgama armoniosa de ambas funciones. Creemos particularmente ilustrativas las afirmaciones vertidas al respecto por el profesor Ponzanelli quien, refiriéndose a los objetivos de la responsabilidad civil, en la perspectiva de un sistema moderno, señala: “estas son, por lo tanto, las principales funciones desarrolladas por el sistema de la responsabilidad civil, por lo menos en la experiencia jurídica norteamericana: garantizar un adecuado resarcimiento en favor del sujeto damnificado (*compensation*); inducir a los potenciales causantes de daños a adoptar los medios de seguridad

(4) Ibid.; p.51.

(5) Y del cual constituye excepcional figura el propio CALABRESI, Guido y su obra *The Cost of Accidents (A Legal and Economic Analysis)*. Yale University Press, 1970. Existe traducción española de la misma realizada por BISBAL, Joaquim bajo el título *El Coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel, 1984. Véase, para un entendimiento totalmente general de las funciones y fines de la responsabilidad civil, las páginas 42 a 50 de esta edición española.

(6) TUNC, André. *La responsabilité Civile*. 2a.ed. París: Économica, 1989. Numerales 161 y 170. pp.134-135 y 142.

(7) Véase en forma particular y, por todos: PONZANELLI, Giulio. *La Responsabilità Civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Società editrice Il Mulino, 1992. pp.25-36; ALPA, Guido. *Responsabilità Civile e Danno. Lineamenti e questioni*. Bologna: Società editrice Il Mulino, 1991. pp.53-70.

destinados a evitar la posible renovación de conductas ilícitas (*deterrence*) y, si es del caso, penalizarlos con sanciones civilísticas cuando la conducta haya en modo considerable infringido las reglas de la conciencia social (*punishment*). Sin embargo, es conveniente señalar que las tres distintas funciones no están recogidas con el mismo sentido en otras experiencias, e inclusive en la propia estadounidense, la *legal scholarship* está profundamente dividida sobre la concreta posibilidad de alcanzar este ambicioso espectro de objetivos. En la experiencia continental europea la discusión más vivaz se concentra en torno a la llamada función punitiva, considerada inclusive potencialmente ajena a las reglas de la responsabilidad civil pero no, en cambio, de la responsabilidad exclusiva del Estado. Nadie, empero, arriesga a dudar que resarcir el daño causado por una actividad considerada fuente de responsabilidad, de una parte, e instar a fin de que los porcentajes de hechos dañosos disminuyan en el futuro, de la otra, constituyen los principales objetivos de un eficiente y moderno sistema de responsabilidad civil⁽⁸⁾.

Si deshacemos la carga peyorativa que parte de la literatura contemporánea ha deslizado sobre la perspectiva diádica de la responsabilidad civil, creemos, nos será fácil entender que para la moderna doctrina civilística, la responsabilidad civil “no libra una función unitaria⁽⁹⁾” y que, en la actualidad, es imposible ignorar que en toda vinculación intersubjetiva concreta de cooperación (sujeto a sujeto) está presente un

fenómeno de responsabilidad, tanto como dentro del contexto social en el cual se desenvuelven las vinculaciones intersubjetivas, que permite entender cómo la sociedad misma puede ser considerada causante o víctima de un daño. En ambas perspectivas de la responsabilidad civil, ésta cumple -de hecho- funciones diversas y normalmente no incompatibles: la función de prevención del daño coadyuva a la realización de la función satisfactoria del daño⁽¹⁰⁾.

Sin embargo y, como antes ya hemos advertido, a veces, el interés de la sociedad toda obliga a sacrificar -en casos concretos- la función satisfactoria del daño, o, en el mejor de los casos, a atenuar su aplicación. Ello sucede precisamente cuando el interés social exige la incentivación o desincentivación de determinada actividad dentro de un contexto social específico, en donde la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil se impone sobre la perspectiva diádica.

Más de uno se habrá alguna vez preguntado, por ejemplo, por qué la actividad de transporte aeronáutico nace como un tipo de responsabilidad subjetiva. Máxime, si no se ha discutido por la doctrina comparada el carácter de obligación de resultado del transportista, quien se obliga frente al pasajero a llevarlo, sano y salvo, a destino. Como veremos desarrollado -aunque en términos generales- en el numeral 4 de este trabajo⁽¹¹⁾, no resultaría lógico desde la perspectiva de la estructura de la obligación que, habiendo el deudor del transporte garantizado la

(8) PONZANELLI, Giulio. Op.cit. pp.25-26.

(9) Cfr. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Los Supuestos Dogmáticos de la Responsabilidad Contractual: La División de Sistemas y la Previsibilidad*. En : *Scribas. Revista de Derecho*. Año 1. Número 2. Revista editada por el Instituto de Investigación Jurídico-Notarial (INDEJ) y por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Arequipa, 1996. pp.71-86; y la nota a pie de página No.69 realizada en dicho estudio de la obra de GALGANO, Francesco. *Diritto Civile: e Commerciale. Volume Secondo: Le Obbligazioni e i Contratti*. Tomo 2. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1990. p.283.

(10) Un claro ejemplo de ello puede encontrarse en la aplicación de indemnizaciones por *class action* dentro del sistema del *civil law*. Así, si una víctima de un daño, sufrido como consecuencia de la utilización de un producto defectuoso, reclama una indemnización por el daño sufrido, comprobándose que todos los demás adquirentes del mismo producto defectuoso se encuentran potencialmente expuestos a sufrir el mismo tipo de daño, nada obsta para considerar como “víctimas del daño” al individuo que realmente lo ha sufrido (relación diádica) conjuntamente con la sociedad toda (relación sistémica) quien se ha visto perjudicada por la introducción a ella de bienes dañados, generando el desarrollo de una actividad ultrarriesgosa. Aquí, la indemnización cuantiosa en términos económicos que tenga que pagar el causante del daño (a la víctima individual del daño, de un lado; y a la sociedad, del otro), operará adicionalmente como disuasiva de la posible repetición de este tipo de conductas lesivas, lográndose también la función de prevención del daño, sin haber tenido que recurrir a funciones propias del derecho penal, como la función punitiva del daño.

(11) Nuestra posición, adherente en este sentido a la gran mayoría de autores italianos contemporáneos, ha sido expresada en eventos internacionales anteriores como el Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú en el mes de agosto de 1994 y en nuestro trabajo, actualmente en prensa, intitulado *Responsabilidad Contractual Objetiva: El Mito de la Culpa*, en donde sostenemos que el concepto de responsabilidad civil no puede ser estudiado ni entendido ajeno al concepto de obligación; noción esta última que, por su estructura, siempre debe entenderse como de resultado, en donde el deudor garantiza la satisfacción del interés del acreedor, que ha merecido tutela por el ordenamiento jurídico.

realización del interés protegido del pasajero, acreedor del transporte, aquél resulte respondiendo por “culpa” frente a éste; es decir, sólo por su actuar negligente y no por el hecho objetivo de no haberle brindado el resultado esperado al acreedor, permitiendo -por lo menos teóricamente- su exoneración de responsabilidad probando su “ausencia de culpa”.

Una solución legislativa como la antes expresada, sólo encontraría su justificación, si entendemos históricamente a la actividad aeronáutica, como una actividad altamente riesgosa en sus orígenes. Imaginémos por un momento, cada uno de nosotros, como empresarios deseosos de entrar en el negocio del transporte aéreo, en los años de inicio de esta actividad, en donde -estadísticamente comprobado- era probable la caída de un avión. Si alguien nos hubiese dicho: “está bien, desarrolla esta actividad, pero te advierto que deberás pagar todos los daños que ocasionas a los pasajeros muertos en un accidente, por incumplimiento de tu obligación de llevarlos, sanos y salvos, a destino”; nuestra segura respuesta hubiese sido: “entonces, no desarrollo esta actividad, en donde perderé más dinero del que eventualmente puedo ganar”. Esta respuesta, no de uno sino de todos los empresarios, hubiese determinado que nadie se dedique a la actividad de transporte aéreo, con la consecuente involución de esta actividad.

Entonces, como la sociedad quiere -pese a todo- que se desarrollen determinadas actividades en aras del bien común, va a introducir correctivos al análisis lógico de la responsabilidad civil a nivel diádico, por lo que un sujeto (el deudor transportista) que debe responder objetivamente frente a otro sujeto (el acreedor pasajero), va a terminar, con el objeto de incentivar el desarrollo de la actividad (aeronáutica en este caso), respondiendo por culpa, desde una perspectiva sistémica; consagrándose como solución la responsabilidad subjetiva del deudor y la introducción de cláusulas limitativas de responsabilidad.

La pretensión pues de éste, nuestro trabajo, será de demostrar que, dentro del quehacer contemporáneo, hay actividades como la de la informática jurídica que se enfrentan -tan igual como en sus orígenes se enfrentó la actividad de transporte aéreo- a una necesidad de ser regulada -legislativamente hablando- desde una perspectiva diádica o sistémica y, precisamente enfrentada ante esta necesidad, se debe resolver la inquietud de si dicha actividad merece o no una

regulación legislativa específica o, por el contrario, está en capacidad de ser reconducida a las reglas generales de la responsabilidad.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR COMPUTADORA Y EL DAÑO INFORMÁTICO: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PRECISIONES CONCEPTUALES.

Una segunda pregunta que, también en nuestro concepto, debe plantearse permanentemente un legislador antes de emprender la tarea de legislar determinadas áreas de la vida social radica en la necesidad de cuestionarse si debe pronunciarse específicamente sobre la regulación de determinadas actividades. Normalmente la legislación sobre la responsabilidad civil parte de reconocer la existencia de ciertas reglas generales que justifican y explican los fenómenos de responsabilidad desde una vertiente objetiva o subjetiva; y, a partir de estas reglas generales de responsabilidad, se regulan en forma concreta particulares manifestaciones de responsabilidad subjetiva u objetiva. Así, por ejemplo, el Código Civil peruano de 1984 consagra en su artículo 1969 la denominada responsabilidad por culpa, entendiéndose recogidas en dicho precepto legal, las reglas generales de la responsabilidad subjetiva. Sin embargo, existe también un artículo como el 1982 que regula un caso concreto de responsabilidad subjetiva por el ejercicio ilegítimo del derecho de acción penal. Igualmente, el propio Código Civil peruano consagra en su artículo 1970 la denominada responsabilidad por riesgo, entendiéndose recogidas en dicho precepto legal las reglas generales de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, existen también diversos artículos que regulan casos concretos de responsabilidad objetiva, inclusive recogiendo otros factores atributivos de responsabilidad distintos al riesgo, tales como la garantía en la responsabilidad vicaria (artículo 1981) y en la responsabilidad de padres, tutores y curadores (artículo 1975) o la equidad (artículo 1977); adicionalmente, existen supuestos específicos de aplicación del factor riesgo y, por ende, de la responsabilidad objetiva, tales como la responsabilidad por los hechos de los animales (artículo 1979) o la responsabilidad por la caída de edificios (artículo 1980).

Empero, cabe preguntarse ¿qué razón puede justificar el tratamiento específico de determinados supuestos de la realidad y no otros? Cabe preguntarse

sobre el por qué se debe regular en forma específica, por ejemplo, la responsabilidad por los hechos de los animales y no la responsabilidad por actividades ultrarriesgosas o, precisamente, la responsabilidad por productos defectuosos, en una sociedad contemporánea como la nuestra.

Se reparará que no existe razón alguna para el tratamiento específico de un tema o la regulación puntual de una actividad que perfectamente puede encajar o comprenderse dentro de las reglas generales de responsabilidad, si no es porque se desee resaltar la importancia de determinada actividad dentro de una específica época. Así, en sociedades-tipo del siglo XIX, era hasta cierto punto comprensible y necesario el tratamiento específico de la responsabilidad por los hechos de los animales, “cuando la distinción entre la ciudad y el campo no era tan clara y los hombres vivían en promiscuidad con ciertos animales domésticos⁽¹²⁾”. Pero en una sociedad-tipo del siglo XX, en donde normalmente se ha diferenciado la sociedad urbana de la sociedad rural, no parece entendible mantener una regulación puntual de este tipo de responsabilidad, salvo que pretenda justificarse la permanencia de tal norma precisamente en la aplicación de la normatividad civil a todo tipo de realidad social⁽¹³⁾.

Dentro de este contexto, un legislador debe ser coherente con la realidad social que pretende regular y, en consecuencia, debe legislar en forma específica solamente aquellas áreas de la vida social que lo justifiquen cuantitativa o cualitativamente. En el caso del Código Civil peruano -un código que ha sido presentado por algunos de sus autores como un código del siglo XXI- cabe preguntarse si el legislador ha sido o no fiel a su realidad social, la peruana, en el caso de la responsabilidad civil; o, acaso, ha sido en cambio el legislador fiel a una tradición que, adquirida vía importación de codificaciones, regula hoy hechos y actividades obsoletas, ajenas a la realidad contemporánea e impropias en un Código Civil de la postmodernidad.

Siempre cuestionamientos como los antes planteados, pueden darnos razones para no legislar

sobre determinadas actividades -aquellas divorciadas de nuestra realidad social-; empero, no siempre nos dan una respuesta afirmativa sobre cuáles actividades se deben regular en forma específica. No hay duda que esta interrogante, en este punto de nuestro discurso, aún se mantiene, pero nos predispone a no ignorar que en nuestra realidad contemporánea, ya imbuida en formas y mecanismos modernos de producción y consumo, hay actividades hoy dominadas por máquinas y, puntualmente, por una que ninguno de los codificadores “ochocentistas” llegó siquiera a imaginar: la computadora. Como bien ha indicado al respecto Alpa, “en el mundo del derecho el *computer* ha entrado trayendo consigo las dilaciones, las precauciones, las incertidumbres y los recelos que siempre rodean los fenómenos nuevos” y en donde “la llegada de la “máquina analítica” que ha invadido casi todos los sectores productivos, e inclusive aquellos que conforman la vida cotidiana, ha sido estudiado, en efecto, con abundante interés, aunque muchas veces la discusión se ha centrado en torno a la situación del problema, sin llegar a tocar las soluciones de todas las cuestiones vinculadas a ella⁽¹⁴⁾”.

Con ello y, como el propio Alpa señala “las ocasiones de daño por computadora o de *software*, aunque no identificados con claridad en sus contornos jurídicos, son ahora experiencia cotidiana, como las noticias de sectores especializados con inclusión de las noticias difundidas por los diarios para los casos más sensacionalistas que documentan en modo inevitable y completo. Allí donde los sistemas de transporte son organizados recurriendo a la utilización de la computadora, el sistema postal y los otros servicios predispuestos para la colectividad, los mecanismos contrarobos y contraincendios, o contrainundaciones, y la gran parte de los presidios de seguridad, manutención y prevención de los riesgos, recurren permanentemente a la elaboración electrónica; allí donde los servicios bancarios (con el circuito Bancomat) y los mismos servicios sanitarios se confían al computador para la realización de las prestaciones, en fin, allí donde están en las telecomunicaciones ya

(12) DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit. Vol.4. Tomo 1. p.426.

(13) Lo que resulta sumamente discutible, sobre todo, en una realidad como la peruana. ¿Quién, en su sano juicio, puede sostener que en la actualidad nuestro Código Civil se aplica en nuestras sociedades rurales andinas, por ejemplo?

(14) ALPA, Guido. *I Contratti di Utilizzazione del Computer*. En: *Tratatto di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno*. Vol.11: *Obbligazioni e Contratti*. Tomo Terzo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, 1984. (Ristampa 1985). pp.101-102.

desarrolladas las técnicas de la telemática, es evidente que acontecen errores, negligencias, fortuitos, incluso intervenciones dolosas, que crean daños y por lo tanto ponen en juego las reacciones sancionatorias y preventivas del ordenamiento jurídico, inclusive bajo las formas de la responsabilidad civil⁽¹⁵⁾”.

En nuestro medio, aun evidentemente sin la profundidad y generalidad propia de una sociedad desarrollada como la europea, resulta cierto que la introducción de la computadora ha transformado la vida de relación. Nosotros, los abogados, por ejemplo, educados en el Perú -inclusive los de la generación de los sesenta y hasta los del setenta- en un sistema ignorante del soporte informático, nos hemos visto precisados a abandonar nuestras viejas máquinas de escribir y entrar al mundo del quehacer informático a través de computadoras y redes de computadoras que simplifican notablemente el trabajo. Y la vieja recopilación de normas legales a través de recortes del diario oficial, ha sido reemplazada por la prestación de servicios de información legal computarizada que prestan diversas empresas gestoras de bases de datos. La colectividad en general participa hoy imbuida en el quehacer cotidiano, en la transformación de su propia vida de relación: contrata a través de o inclusive con máquinas automáticas proveedoras de alimentos y golosinas; realiza o recibe servicios bancarios a través de cajeros automáticos; se transporta por vía aérea en aeronaves controladas bajo sistemas computarizados; en suma, asiste a la transformación de su sociedad a partir de una nueva era: la cibernética.

Ante esta era de cambio, el jurista no ha terminado de reaccionar. Se pregunta, en principio, si las ocasiones de daño por computadora merecen o no una regulación específica dentro del campo de la responsabilidad civil; y, además, se pregunta si el daño que puede generarse por la transmisión de información a través de máquinas automáticas debe tratarse como una especie de la responsabilidad subjetiva u objetiva.

La primera pregunta, sin embargo, lleva implícito un pronunciamiento sobre la segunda. Abordando esta problemática, Visintini en Italia pretende analizar el alcance de los principios generales en

tema de responsabilidad civil a la actividad por uso de la computadora, con el objeto de “deducir de dicho examen la ratificación de la oportunidad de legislar sobre este punto”, pues -como ella misma advierte- en materia de responsabilidad civil por uso de procesadores electrónicos, el hecho de “reenviar sencillamente a los principios generales (...) puede ser fuente de equívocos⁽¹⁶⁾”. La citada autora italiana identifica por ello como los principales problemas que se presentan en torno a este punto, los siguientes:

- a) Puesto que es necesario poner la informática al servicio de los ciudadanos y reprimir los abusos de parte de quien administra el servicio, se debe, ¿proceder a una individualización de todos los intereses que pueden ser violados por estas nuevas tecnologías, o bien es suficiente optar por una noción unitaria de *privacy* no descompuesta en una serie de ilícitos?
- b) La responsabilidad civil, ¿a qué título debe ser imputada?
- c) ¿Cómo debe ser valuado el daño causado por el uso de procesadores?
- d) ¿Deben ser tutelados también los grupos, por ejemplo, las sociedades comerciales, contra las violaciones tecnológicas en examen?
- e) Si sea oportuno prever junto a la tutela jurisdiccional ordinaria una noción sumaria típica de estas violaciones a la par de cuanto ha sucedido en materia laboral⁽¹⁷⁾”.

Como puede apreciarse de las citas antes transcritas, la amplitud de la problemática del daño informático nos lleva a la necesidad de circunscribir su estudio, en este trabajo, a la responsabilidad civil del gestor de bases de datos en materia de informática jurídica, sin que ello signifique descuidar la resolución -a través de este estudio específico- de las dos grandes interrogantes que tenemos planteadas : a) ¿merece la problemática del daño por computadora una regulación legal específica?; b) ¿cuál debe ser el criterio de imputación a recogerse por la ley para trasladar el peso económico del daño?

Asimismo, las respuestas a las interrogantes antes planteadas, deberán ser realizadas sin descuidar la constatación de cuál perspectiva debe dominar la

(15) ALPA, Guido. *Responsabilità Civile e Danno*. Op.cit., pp.426- 427.

(16) VISINTINI, Giovanna. *Il Danno da Uso di Computer. Profili Generali*. En: *Computers e Responsabilità Civile a cura di Guido Alpa*. Collana *diritto dell'informatica* diretta da Guido Alpa. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.,1985. pp.61y 59, respectivamente.

(17) Ibit. p.62.

aplicación de la responsabilidad civil a la actividad informática: diádica o sistémica, cuya importancia hemos resaltado en el punto 1 de este trabajo⁽¹⁸⁾.

Empero, antes de acometer tal empresa, resulta también necesario que realicemos ciertas precisiones terminológicas y conceptuales, que nos permitan ágilmente movernos dentro de los contornos de este trabajo.

Así, conviene precisar primeramente el concepto mismo de informática. En palabras de Frosini, “la informática puede definirse globalmente como la tecnología de la información; es decir, no sólo su tratamiento técnico por medio de un instrumento, como ocurría ya con las distintas formas de registro mecánico, con los archivos mecanográficos de funcionamiento manual, con los aparatos criptográficos; sino su trasposición a un proceso puramente intelectual de control, de movimiento

combinatorio y de traducción a nueva fórmula, que fue desvelado por el logicario⁽¹⁹⁾”, pero también como “el método de insertar los datos de una información en un programa electrónico, de archivarlos en la memoria de una cinta (o disco, o *film*) magnético, de ejecutar sobre estos datos las operaciones solicitadas de cálculo, de combinación, de unión o de análisis y de selección, y de obtener así los resultados de nuevos conocimientos⁽²⁰⁾”.

Frente a definiciones de la informática como tecnología o como método, no han faltado aquellas que le dan categoría de ciencia⁽²¹⁾, que es tal vez la definición actual más extendida, mereciendo destacarse aquella brindada por la Academia Francesa de la Lengua que la define como “la ciencia del tratamiento racional y especialmente por máquinas automáticas de la información considerado como el soporte de los conocimientos y de las comunicaciones en los

(18) Importancia también resaltada en términos contemporáneos por la civilística italiana. Al respecto, Franzoni, abordando la problemática de la función de la responsabilidad civil, señala: “puesto que el juicio de responsabilidad consiste en individualizar un sujeto, el cual será gravado con el costo del daño, ¿cuál es la finalidad de este proceso?; y, como consecuencia de ello, ¿es posible determinar una única finalidad, o bien es necesario atribuirle funciones diversas, según corresponda a la estructura del ilícito (o sea, al tipo de interés lesionado o al criterio de imputación)? Sin embargo, es necesario observar todavía que la cuestión puede ser examinada desde un punto de vista de macrosistema y también desde un punto de vista de microsistema. La investigación de macrosistema permite determinar la función de la responsabilidad civil dentro del modelo económico tomado como referencia: según el modelo económico liberal, o quien ha seguido un modelo solidarista. La investigación de microsistema permite verificar el modo de materializarse de los singulares elementos de cada supuesto de hecho, en relación a las específicas categorías de ilícito. Según esta última perspectiva, se trata de observar el rol desvelado por el criterio de imputación para comprender la función de la responsabilidad civil, inclusive respecto a los intereses merecedores de tutela en la forma del daño injusto.

Las dos perspectivas deben estar entre ellas ligadas, y el modo para establecer el contacto es la perspectiva histórico-sistémica. Así se puede evitar el riesgo de considerar idénticos los problemas que en el curso del tiempo han sido situados en la responsabilidad civil, aparentemente en términos inmutables.

Observando la materia de discusión en abstracto, en efecto, puede parecer que las interrogantes de los juristas son siempre las mismas y que las opiniones formadas sobre ciertos temas siguen una dirección por ciclos. Del mismo modo, algunas contraposiciones ya habituales, como aquellas entre tipicidad y atipicidad del ilícito, entre culpa y riesgo, entre castigo y reparación del resarcimiento, entre daño como categoría prejurídica o más bien daño como categoría jurídica, se presentan carentes de un ámbito preciso y se resuelven en abstractas disputas conceptuales, en vía de principio equivalentes la una a la otra.

En cambio, llevando el debate sobre la responsabilidad civil a situaciones históricamente determinadas, se pueden examinar problemas y ofrecer soluciones en una óptica correcta desde el punto de vista teórico y se llegan a conjugar entre ellos el modelo y la función de un determinado instituto. La individualización de un modelo puro, separado de su preciso contexto en el cual es llamado a desenvolver una cierta función, puede ser solo el primer paso de la investigación. Es indispensable, luego, considerar la precisa ubicación del modelo dentro del propio ordenamiento al que pertenece para verificar su funcionalidad”. FRANZONI, Massimo. *Fatti Illeciti*. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca a cura di Francesco Galgano*. Libro Quarto: *Obbligazioni. Art. 2043-2059*. Roma: Zanichelli Editore S.p.A. Bologna e Soc. Ed. del Foro Italiano, 1993. pp.37-39, inclusive. Ver también para profundizar la problemática de las funciones de la responsabilidad civil dentro de los modelos liberal y solidarista: SALVI, Cesare. *Voce modelli liberal: Responsabilità Extracontrattuale (Diritto Vigente)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXIX. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 1988. pp.1192-1199.

(19) FROSINI, Vittorio. *Informática y Derecho*. Traducción del italiano por GUERRERO, Jorge y AYERRA REDIN, Marino. Bogotá: Temis, 1988. p.32.

(20) FROSINI, Vittorio. *Diritto alla Riservatezza e Calcolatori Elettronici*. En: *Banche Dati Telematica e Diritti della Persona a cura di Guido Alpa e Mario Bessone*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM, 1984. p.31.

(21) Cfr., entre otros, en la literatura de idioma castellano: PRADO, Pedro Antonio. *La Informática y el Abogado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988. p.13, quien define a la informática como “la ciencia que estudia el diseño y utilización de equipos, sistemas y procedimientos para obtener información”.

dominios técnico, económico y social⁽²²⁾". Lo cierto es que, tal y como nos lo recuerda Lozano, los diversos significados atribuidos al término "informática", pueden ser agrupados en: a) un primer grupo que utiliza el vocablo informática "en un sentido demasiado amplio y subsume en esta disciplina toda actividad de documentación científica, se sirva o no del ordenador"; b) un segundo grupo que utiliza el término informática, "en un sentido demasiado estrecho, identificando la informática con el tratamiento electrónico *tout court*"; c) un tercer grupo que utiliza la palabra informática, "en su sentido propio, respetando el origen del término: 'informática' nace de la contracción del francés *information* con *automatique*; la *informatique* será, pues, la disciplina que se ocupa de la búsqueda documental realizada a través del ordenador electrónico⁽²³⁾".

Al parecer, pues, la definición más actual de informática -y que será aquella entendida como tal en este trabajo- pareciera comprender a este vocablo circunscrito a las técnicas documentales en general; como "una rama de la ciencia que estudia las reglas para la recogida, el tratamiento, la conservación, la búsqueda y la difusión de la información científica y que organiza de forma optimizada la actividad informativa sobre la base de los medios técnicos de hoy"⁽²⁴⁾. La referencia a "los medios técnicos de hoy" permite precisamente, en palabras de Lozano, abrir "el camino al empleo del ordenador electrónico y al estudio de las técnicas mejores para utilizarlo en la recuperación de informaciones no numéricas⁽²⁵⁾". Esta "proyección al futuro" de la definición de informática, no duda, sin embargo, que "el advenimiento de la tecnología de la información" se hizo realidad con la computadora y, en ese momento con propiedad, "la información pasó a ser informática⁽²⁶⁾".

Asimismo, como parece ser connatural al surgimiento y desarrollo de nuevas disciplinas y ciencias, se acuñaron conceptos vinculados a la informática, que terminaron por revestir a ésta, de esa "áurea" de "sofisticación técnica" que hace nacer en los legos en la disciplina, ese sentimiento de imposibilidad de comprensión hacia los nuevos conceptos; sentimiento, por lo general, exagerado. Se habla entonces también de conceptos (normalmente expresados con contenido evolutivo) tales como telemática o teleinformática, para significar el tratamiento automático de la información y su transmisión a distancia; o cibernética, para designar "la nueva tecnología de la automatización y de la electrónica⁽²⁷⁾". Sin embargo, dados los diversos significados asignados al vocablo "informática", el concepto de "cibernética" difiere, hasta llegar por algunos a ser considerados como sinónimos. La expresión "cibernética", en su origen, es atribuida al físico André Ampère, quien la emplea en el siglo XIX para designar "la ciencia de gobierno de los pueblos", pero es en realidad el matemático Norbert Wiener quien en un libro editado en 1948 bajo el título *Cybernetics* la desarrolla bajo el significado de "ciencia del control y de la comunicación en los animales y en las máquinas⁽²⁸⁾".

Wiener, pues, se valió del término "cibernética" en un sentido "puramente biológico y tecnológico", involucrando "los aspectos sociales de las relaciones de control y de información⁽²⁹⁾". Bajo esta perspectiva, un vasto sector de la ciencia actual, entiende por cibernética, "la rama de la ciencia que estudia los sistemas de control y autocontrol en organismos y máquinas", mientras que por informática, "el medio técnico de tratamiento automático de la información

(22) Citada en la obra de BORDA, Alejandro. *Responsabilidad por Daños provenientes de la Informática*. En: *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Op.cit. Vol.1. p.326.

(23) LOZANO, Mario. *Curso de Informática Jurídica*. Traducción de la edición italiana *Corso di Informatica Giuridica*. Vol.1. Madrid: Tecnos, 1987. p.205.

(24) Definición consignada en el *Diccionario terminológico de Práctica y Teoría de la Información*, de origen soviético, citado por LOZANO, Mario. Op.cit. p.210; siendo el título original de la obra *Terminologiceskij slovar' po informacionnoj teorii i praktieke na russkom i ispaskom jazykah*. Moskva-La Habana, 1969.

(25) LOZANO, Mario. Op.cit. p.211.

(26) FROSINI, Vittorio. *Informática y Derecho*. Op.cit. p.33.

(27) FROSINI, Vittorio. *Voce: Telemática e Informatica Giuridica*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol.XLIV. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992. pp.60-61. También el mismo FROSINI, Vittorio. *Cibernética, Derecho y Sociedad*. Traducción del italiano por SALGUERO-TALAVERA, Carlos A. y SORIANO DIAZ, Ramón L. Madrid: Tecnos, (sin indicación de año de impresión). p.31.

(28) Cfr. FROSINI, Vittorio. *Cibernética, Derecho y...* Op.cit.; pp.29-30.

(29) Loc.cit.

a través de elaboradores electrónicos basados en las reglas de la cibernética⁽³⁰⁾. Esto es, habría entre ambos conceptos, una relación de género a especie.

En la actualidad nadie duda que un sistema moderno de responsabilidad civil, pertenezca o no a los sistemas del *common law* o del *civil law*, debe reunir o reconocer indiscutiblemente tanto la función satisfactoria del daño (*compensation*) como la función de prevención del daño (*deterrence*)

De otro lado, la aplicación de la informática -sea entendida como ciencia o como técnica- al campo del Derecho, determinaría el surgimiento de un nuevo concepto: la **informática jurídica**.

Una elemental y superficial aproximación al concepto, nos permitiría entender por "informática jurídica" al soporte técnico que "proporciona auxilio y servicio a las diversas actividades relacionadas con el derecho", distinguiéndolo del concepto de "derecho informático", que sería "el conjunto de normas y principios jurídicos que tienen como objeto de regulación a la informática⁽³¹⁾"; es decir, que la informática jurídica no sería sino la misma informática al servicio del Derecho, distinto de cuando se habla de la informática como objeto de estudio del Derecho, que significaría el derecho informático.

Sin embargo y, como bien lo ha señalado oportunamente Taddei, esta clase de definiciones "sumamente amplias" como aquellas "descriptivas del fenómeno a través de la indicación de los "objetos" de la clase", en donde la informática jurídica sería "el conjunto y las singulares 'aplicaciones', 'los métodos', 'las

finalidades', 'los resultados', 'las disciplinas tratadas', etc., los elementos del conjunto", resultan totalmente insatisfactorias. Para el citado autor italiano, "una definición, para ser tal, debe ser intencional; esto es, debe indicar las propiedades comunes que caracterizan los elementos de una clase: en nuestro caso, se trata de individualizar un criterio unificante o una característica común a colocar como fundamento de las aplicaciones informático-jurídicas⁽³²⁾". Y esos elementos que justifican la unidad y la autonomía de la informática jurídica son, para Taddei, "el objeto de conocimiento" de ésta, que radica en "la automatización del proceso decisional jurídico", y "su carácter interdisciplinario auténtico y acentuado". Por ello, la informática jurídica es:

"a) una disciplina científica, en cuanto posee un objeto de conocimiento (la automatización del proceso decisional jurídico en sentido lato), una pluralidad de objetos de la experiencia y una serie de métodos integrados interdisciplinariamente hacia la consecución del objetivo (objeto de conocimiento);

b) una ciencia autónoma, en cuanto tiene un objeto de conocimiento autónomo respecto a las otras disciplinas y una pluralidad de métodos extraídos de otras disciplinas, pero orientados a un objeto específico y unificados por un fin unitario;

c) una ciencia unitaria, en cuanto al objeto de conocimiento, la automatización de la decisión jurídica, e integrada (sobre un orden que va gradualmente desde lo multidisciplinario a lo interdisciplinario) tanto en cuanto al objeto de la experiencia (informática y derecho *in primis*, lingüística, lógica, ciencia de la información, documentalística, etc.), como en cuanto a los métodos⁽³³⁾".

En razón a lo antes expuesto, concluye Taddei en que "la informática jurídica no puede ser considerada una especie respecto a una disciplina superior o más general: la informática es una especie de la electrónica mientras que la informática jurídica no es una especie de la informática, porque si bien es verdad que toda la informática pertenece a la electrónica, no es entretanto

(30) GUASTAVINO, Elías. *Responsabilidad Civil y otros Problemas Jurídicos en Computación*. Buenos Aires: La Rocca, 1987. pp.19, 25-26.

(31) Ibit. pp. 26-27.

(32) TADDEI ELMI, Giancarlo. *Filosofía del Derecho e Informatica Giuridica*. En: *Dalla Giuritecnica all'informatica Giuridica. Studi dedicati a Vittorio Frosini* a cura di Donato A. Limone. Collana *Informatica e Ordinamento Giuridico* diretta da Vittorio Novelli. Serie *Atti e Documentazione*. No.15. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995. pp.325-326.

(33) Ibit. p.331.

verdad que toda la informática jurídica pertenezca a la informática, dado su carácter interdisciplinario y transversal”; entendiéndose finalmente a la informática jurídica como “la disciplina (orientada) que estudia la informatización del derecho como automatización del proceso de la información (en función de la decisión) y de la decisión jurídica (objeto unitario empero también interdisciplinario), a través del uso de sujetos de experiencia y métodos extraídos desde disciplinas diversas (multidisciplinariedad) unificados en vista de un resultado (interdisciplinariedad)⁽³⁴⁾”.

Aceptada o no la afirmación de que la informática jurídica sea una especie de la informática en general, lo cierto es que nadie duda que aquella “está constituida por el conjunto de los estudios y de las aplicaciones de las máquinas electrónicas al derecho⁽³⁵⁾”; es decir, que la tipicidad de la informática jurídica se encontraría en la aplicación del computador u ordenador al Derecho. Sin embargo, dependiendo de la concepción que se adopte sobre la informática jurídica; esto es, como ciencia interdisciplinaria o como disciplina eminentemente jurídica, podrá ser distinguida con claridad del “derecho de la informática” (o “derecho informático”). Si se acepta, como nosotros en este trabajo, el carácter interdisciplinario de la informática jurídica, deberemos entender por derecho informático al “conjunto de los problemas jurídicos resultantes de la utilización de las máquinas electrónicas y de las nuevas técnicas de comunicación en los varios sectores y disciplinas⁽³⁶⁾”. Así, por ejemplo, las tres preguntas básicas que pretenden contestarse a través de este trabajo, cuales son:

a) si las ocasiones de daño por computadora merecen o no una regulación específica dentro de la

legislación sobre responsabilidad civil;

b) si la responsabilidad civil generada por la transmisión de información a través de máquinas automáticas u ordenadores electrónicos merece ser imputada en razón de factores atributivos de responsabilidad subjetivos u objetivos; y

c) si la responsabilidad civil aplicada a la actividad informática debe ser apreciada desde una perspectiva diádica o sistémica de la responsabilidad;

Vendrían a constituir problemas típicos de informática jurídica, es decir, circunstancias resultantes de la aplicación de ordenadores electrónicos al Derecho. Desde esta perspectiva, el presente trabajo, constituye -sin lugar a dudas- un estudio de informática jurídica. Distinto, por ejemplo, a un estudio que pretenda hacerse sobre los problemas jurídicos que produce el empleo de máquinas electrónicas en la contratación bancaria. Así, si realizáramos un estudio sobre la contratación informática bancaria a través de los circuitos de “cajeros automáticos”, este estudio sería uno de derecho informático, pues estaría analizando problemas jurídicos resultantes de la utilización de máquinas electrónicas dentro de la actividad bancaria⁽³⁷⁾.

3. EL DAÑO POR SOFTWARE FRENTE AL DAÑO POR HARDWARE.

No presenta dudas que, en la época contemporánea, el derecho a la información se ha constituido en uno de los basamentos de la propia sociedad civil, teniendo en los más diversos sistemas jurídicos un reconocimiento de rango constitucional.

(34) Loc.cit.

(35) Ibid.; p.328.

(36) Loc.cit.

(37) Para una profundización de los conceptos de “informática”, “informática jurídica”, “cibernética”, “telemática” y otros vinculados a la problemática de los ordenadores electrónicos y computadoras en particular, conviene consultar, además de los textos expresamente citados en el presente estudio: BORRUSO, Renato; BUONOMO, Giovanni; CORASANITI, Giuseppe; y D’AIETTI, Gianfranco. *Profili Penali dell’informatica*. Collana: *Teoria e Pratica del Diritto*-Sez III. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994. pp.3,4 y 7; FROSINI, Vittorio. *Informatica, Diritto e Società*. Collana: *Informatica e Ordinamento Giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992. pp.3, 57 y 339; BORRUSO, Renato y TIBERI, Carlo. *L’informatica per il Giurista*. Collana: *Piccola Biblioteca Giuffrè*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1990. pp.1-5; 231-36; y 237-256; CARIDI, Gianfranco. *Metodologia e Tecniche dell’informatica Giuridica*. Collana: *Univ. “La Sapienza” di Roma-Ist. teoria interpretazione e informatica giuridica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. pp.1-10; FERRI, Enrico; GIACOBBE, Giovanni; y TADDEI ELMI, Giancarlo. *Informatica e Ordinamento Giuridico*. Commento: *Lezioni raccolte e ordinate da Silvia Piccinini Graziani e Ciro Pellegrino*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1988. pp.3-13; PAGANO, Rodolfo. *Informatica e Diritto*. Collana: *Informatica e Ordinamento Giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1986. pp.57 y ss.; GIANNANTONIO, Ettore. *Introduzione all’informatica Giuridica*. Collana: *Informatica e Ordinamento Giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984; y NOVELLI, Vittorio. *Informatica Giuridica*. Commento: *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Collana: *Univ. di Messina-Ist. scienze giur., econ., pol. e soc.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982.

Dentro de esta óptica, la transmisión de información, ha desarrollado una connotación patrimonialista que ha exigido, dentro del campo del derecho patrimonial, el desarrollo también de nuevos conceptos, paralelos a aquéllos desarrollados por la informática para organizar la información. Si, como indica bien Corasaniti, “el derecho a la información se ha definido progresivamente cual situación jurídica subjetiva calificable en el sentido de general exigencia democrática y participativa y, al mismo tiempo, como la correspondiente pretensión (jurídicamente relevante y por lo tanto plenamente activable sobre el plano de la iniciativa judicial) a obtener datos y elementos de valoración indispensable para la normal vida asociada y para el ejercicio en concreto de las libertades civiles⁽³⁸⁾”, resulta entendible que la información misma se haya por otro lado concretado en términos de bien jurídico, como “bien informático”. Al respecto, repara Frosini que el término “información” tiene una doble equivalencia de significado; y ello, por cuanto la información consiste en “una comunicación elaborada por un productor y dirigida a un destinatario (que puede ser individual o colectivo o anónimo), entre los cuales se establece una relación, que se puede configurar como una relación jurídica entre dos sujetos”, por lo que el derecho de la información se presenta con un doble perfil, activo y pasivo, según se le considere de parte de quien suministra la información o de parte de quien la recibe; existiendo además, junto a estos dos contornos del derecho a la información, uno tercero referido al “depósito de la información”, consistente en el “derecho a informarse sobre los datos relacionados a la propia persona, pero fuera de ella, porque han sido insertos en una banca de datos; derecho éste a quien se le ha dado el nombre de ‘libertad informática’⁽³⁹⁾”.

Lo que interesa resaltar entonces -como el propio

Frosini lo señala- “es la configuración jurídica asumida por el objeto de intercambio, la información automatizada, que se verifica entre los sujetos jurídicos interesados (...). Con la innovación tecnológica de la información elaborada y transmitida electrónicamente, la información misma ha asumido un nuevo *status* jurídico, ya que ella viene ahora a constituir un bien real⁽⁴⁰⁾”.

Este nuevo “bien informático”, que se refiere “a la información automatizada, esto es, memorizada, elaborada y transmitida con el recurso de la tecnología electrónica⁽⁴¹⁾”, se plasmará generalmente a través de lo que conoceremos como “bases de datos”⁽⁴²⁾ y “*software* informativo”, dando a luz nuevos conceptos a los cuales corresponde, como correlato, calificaciones jurídico-reales. En efecto, una “base de datos” no es sino un soporte informativo elaborado por alguien o algunos para su utilización en determinada área del conocimiento humano, de allí que, aquél que por medio de máquinas automáticas elabora dicho soporte informativo merecerá el denominativo de **gestor de base de datos**. Su deber central consistirá en proporcionar al usuario, una información concreta y oportuna, generalmente plasmada en un *software*.

El *software* se transforma entonces, en la generalidad de los casos, en el eje central de la noción “bien informático”, por cuanto constituye esencialmente el programa informativo. Gianfelici, por ejemplo, designa como *software* a la parte blanda del sistema informático, entendida como “el conjunto de instrucciones que se almacenan en la memoria principal del equipo”, es decir, del ordenador electrónico, diferenciándolo con ello del *hardware*, que estaría constituido por la parte dura del sistema informático, entendida como “el conjunto de elementos electrónicos y electromecánicos que componen el computador⁽⁴³⁾”. En términos mucho

(38) CORASANITI, Giuseppe. *L'accesso ai Dati delle Pubbliche Amministrazioni: Profili Funzionali e Tecnologici alla Luce delle Leggi di Riforma del Procedimento Amministrativo e delle Autonomie Locali*. En: *Dalla Giuritecnica all'informatica Giuridica. Studi dedicati a Vittorio Frosini*. Op.cit.; p.127.

(39) FROSINI, Vittorio. *Voce: Telematica e Informatica Giuridica*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol.XLIV. Op.cit.; p.63.

(40) *Ibid.*; pp.63-64.

(41) *Ibid.*; p.64.

(42) Llamada también “banca de datos”, aun cuando para algunos autores existirá diferencias entre una “base de datos” (*data base*) y una “banca de datos” (*data bank*), en razón al tipo de datos contenidos, a la pluralidad de los archivos informatizados, y/o por la cualidad de los datos contenidos en cada una de ellas. Cfr. al respecto: PAGANO, Rodolfo. *Aspetti Economici e Giuridici delle Banche Dati*. En: *Banche Dati Telematica e Diritti...*Op.cit.; pp.105-109.

(43) Citado por BORDA, Alejandro. Op.cit.; p.328. Notas a pie de página números 5 y 6.

más simples, Alpa nos dirá que el *software* es, en esencia, la idea, el programa que se introduce en la máquina analítica para obtener servicios; y el *hardware*, la máquina en sí, el ordenador electrónico en sentido estricto⁽⁴⁴⁾.

Sin embargo, no siempre podrá establecerse -con la simplicidad precedentemente enunciada- la diferenciación entre *software* y *hardware*, pues en múltiples casos aquél se presenta en modo unitario con éste. Esto es lo que ha llevado a diferenciar el denominado “*software* de base” o “sistema operativo”, del “*software* aplicativo⁽⁴⁵⁾”, entendiéndose que los contratos que se realizan sobre el equipamiento informático - o *hardware* - comprende siempre, o en la generalidad de los casos, “la totalidad de los dispositivos y elementos mecánicos, magnéticos, eléctricos y electrónicos de una instalación o una red de procesamiento de datos⁽⁴⁶⁾” pero también, el *software* asociado o incorporado como sistema operativo. Es vital, a los efectos del presente estudio, entender que cuando un usuario requiere la utilización de una base de datos, ésta puede encontrarse incorporada en la computadora misma formando su sistema operativo o, a veces, como sistemas “pre-instalados”; o, por el contrario, conformar un específico “*software* aplicativo” a instalarse u operarse en un computador. En todos estos casos, cabe preguntarse si siempre el gestor de una base de datos entrega al usuario un “producto”, el cual debiera ser asimilado en términos jurídico-reales, a la noción de “bien” o “cosa”. Al respecto y, como bien ha hecho notar Alpa, puede resultar difícil considerar “producto”, “el programa que ha sido preparado para un particular tipo de operaciones y precisamente por esto es considerado ‘personalizado’”; en donde es tal vez “más oportuno considerar el *software* no como un producto sino como un servicio⁽⁴⁷⁾”, como por ejemplo, cuando una empresa usuaria contrata a un

softwarista para que elabore determinados programas de cómputo atendiendo a la particular organización de la compañía y de sus sistemas operativos.

En este orden de ideas, los daños que puede generar un gestor de base de datos, en la elaboración de ese soporte informativo, para el cual lo ha requerido un cliente usuario, se ubicarán normalmente en la esfera de la responsabilidad contractual, sin perjuicio que, para cada caso en particular, puedan concurrir las reglas de la responsabilidad extracontractual, sea por cúmulo o concurrencia de responsabilidades.

Desde la perspectiva clásica del *civil law*, todavía inspirada -entre otros- en el dogma “ochocentista” de la división de sistemas (contractual y extracontractual) únicamente justificada en la diversidad de fuentes de los dos tipos de responsabilidades⁽⁴⁸⁾, el problema de los daños derivados de la utilización de *software* y de *hardware*, quedará reducido a la constatación de la pre-existencia al daño, de una relación directa -obligatoria o contractual- entre el productor (o softwarista) y el usuario. En este orden de ideas, Alpa nos dirá, en lo que concierne a la problemática de la venta de *hardware* defectuoso que “el daño que de ella deriva es contractual, si es ocasionado al adquirente, y extracontractual si es ocasionado a terceros que están en relación con el adquirente o que no tienen con éste más que una relación de hecho instituida por el hecho ilícito”; agregando luego que “si el *hardware* no es adquirido por el usuario damnificado, sino sólo utilizado mediante relaciones contractuales alternativas a la venta (*leasing*, arrendamiento, concesión, etc.) se deberían aplicar, en vía directa o en vía analógica, las normas sobre el arrendamiento (artículo 1580 y ss. del c.c. italiano) o, inclusive, las reglas a que se refiere el artículo 2043 del Código Civil⁽⁴⁹⁾. En este caso, si el daño es padecido por

(44) ALPA, Guido. *I Contratti di Utilizzazione del Computer*. Op.cit.; pp.102-103. Véase también, para profundizar las definiciones jurídicas de *software* y *hardware* y su relevancia en materia de informática: ZACCARIA, Francesco. *Informatica e Contabilità di Stato*. Collana: *Informatica e Ordinamento Giuridico*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992. pp.145,151-152; y GHIDINI, Gustavo. *La Natura Giuridica del Software*. En: *I Contratti di Informatica a cura di Guido Alpa e Vincenzo Zeno Zencovich*. Collana: *Diritto dell'informatica*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 1987. pp.323-330.

(45) Este último relativo a los programas que permiten la aplicación del elaborador a los programas concretos. Por ejemplo, pagos, facturaciones, cobranzas, etc. Véase: ALPA, Guido. *I Contratti...*Op.cit.; p.103. Nota a pie de página No.4.

(46) NAZAR ESPECHE, Félix. *El Contrato de Compraventa de Equipos Informáticos*. En: *Revista del Derecho Industrial*. Enero-Abril, 1987. No.25. Buenos Aires: Depalma, 1987. p.62.

(47) ALPA, Guido. *Responsabilità Civile e Danno...*Op.cit.; p.430.

(48) Para una visión crítica de este dogma, revisar nuestro trabajo: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Los Supuestos Dogmáticos de la Responsabilidad Contractual...*Op.cit.; pp.72-80 (numerales 3 a 6, inclusive).

(49) Referencia al Código Civil italiano, al resarcimiento por hechos ilícitos; esto es, a la responsabilidad extracontractual. Su aplicación en vía analógica a supuestos de responsabilidad contractual, en la normatividad legal peruana, puede resultar discutible.

terceros, la responsabilidad por custodia concurrirá con la responsabilidad del propietario por *hardware*⁽⁵⁰⁾. Dentro de la responsabilidad de tipo contractual por *hardware* defectuoso -creemos- debiera incluirse la responsabilidad del softwarista por la venta (o relaciones contractuales alternativas) de “*software* de base”.

En lo que respecta a la problemática del daño proveniente de “*software* aplicativos”, si bien todo lo precedentemente enunciado resultará también de estricta aplicación, será particularmente interesante determinar si este tipo de *software* puede ser siempre entendido como un “producto” o, como en nota previa nos ha hecho notar Alpa, pueda ser entendido como “servicio”. Ello, resultará también fundamental en materia de responsabilidad contractual, puesto que si “se considera como ‘servicio’ se aplican las reglas de la responsabilidad profesional, más favorable al prestador del servicio que a su destinatario⁽⁵¹⁾”.

4. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL INFORMÁTICA Y LA DISCUSIÓN SOBRE SU BASAMENTO SUBJETIVO U OBJETIVO EN MATERIA DE FACTORES ATRIBUTIVOS DE RESPONSABILIDAD.

Como es conocido por todos, históricamente, la responsabilidad civil en general fue concebida enteramente como subjetiva, regida bajo el viejo principio de “la no existencia de responsabilidad sin culpa”. Ello, explicado en las viejas codificaciones civiles del siglo XIX como una herencia del canonismo de la edad media y expresión final lograda del liberalismo individualista de la revolución francesa, dio como fruto una noción de culpa, construida como concepto antitético de la idea de diligencia; esto es, como infracción de un esquema de conducta concebido también en forma subjetiva. Nace allí la noción de “culpa negligencia” y todos sus sinónimos o aplicaciones imaginables: falta de previsión, imprudencia, descuido, desidia, impericia.

Sin embargo y, como ha hecho notar Badosa Coll, “la diligencia puede entenderse, también, en un doble sentido. Subjetivo, como predisposición psicológica, tensión de la voluntad, esfuerzo, atención, cuidado, etc., en orden a la conservación o promoción de los intereses ajenos del acreedor. O bien, en sentido objetivo, como conducta materialmente identificable⁽⁵²⁾”.

Como ya hemos expresado con anterioridad⁽⁵³⁾, uno de los más frecuentes errores en los que incurren intérpretes y aplicadores de un Código Civil, es el de presuponer -como supuesto dogmático- que siempre se recoge una idea de culpa y diligencia subjetivas, lo que no resulta siendo cierto. Inclusive, en códigos civiles como el peruano, en donde algunos han pretendido justificar la admisión de la noción de “culpa-negligencia” en la “letra” de los artículos 1319 y 1320 del código, bajo una interpretación sistemática de las normas que refieren la culpa en el Libro de Obligaciones, tal conclusión resulta contradicha. Por lo demás, nada justifica -desde un plano teórico- la admisión de la antinomia culpa subjetiva/diligencia subjetiva; máxime, si no encontramos en toda la normatividad del Código Civil peruano norma alguna que recoja una definición de diligencia, en su sentido subjetivo.

En toda relación obligatoria, dentro del denominado “vínculo jurídico”, el llamado deudor asume un deber central que constituye el centro de calificación de su situación jurídica subjetiva pasiva de “deber”: satisfacer el interés ajeno tutelado (el interés creditorio). Para ello, compromete su responsabilidad patrimonial, respondiendo “con todos sus bienes presentes y futuros” en la satisfacción del referido interés, sea a través de la ejecución de la prestación originalmente debida que le provee al acreedor la utilidad originalmente prevista, o sea a través de la ejecución de una prestación sustituta que le provea al acreedor una utilidad distinta a la originalmente prevista, que satisfaga el interés mutado del acreedor, por efecto

(50) ALPA, Guido. *Responsabilità Civile e Danno...* Op.cit.; pp.427-428.

(51) Ibid.; p.430. Repárese que, aun cuando en definitiva se pueda terminar afirmando una responsabilidad subjetiva contractual del softwarista gestor de un “*software* aplicativo”, siempre la aplicación de la responsabilidad profesional supondrá una limitación aun mayor a los alcances del resarcimiento de los daños. Véase el artículo 1762 del Código Civil peruano y nuestro trabajo: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Responsabilidad Civil Médica. Comentario de Jurisprudencia*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia. Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial*. Año I. No.1. Lima: Gaceta Jurídica, 1995. pp.55-66, inclusive.

(52) BADOSA COLL, Ferrán. *La Diligencia y la Culpa del Deudor en la Obligación Civil*. Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia (Bologna, Italia). Zaragoza: Cometa, 1987. p.33.

(53) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Responsabilidad Contractual Objetiva...* Op.cit.

del daño introducido por el incumplimiento imputable; todo, sin embargo, siempre explicado en la misma estructura de “deber/derecho subjetivo” que constituye el “vínculo jurídico”, como elemento de la relación jurídico-obligatoria. Por ello, hemos afirmado que, para nosotros, el fenómeno indemnizatorio, constituye solamente un supuesto de transformación de la relación obligatoria y no un supuesto de extinción de ésta.

En la afirmación antedicha, se percibe una profunda y total ruptura con la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad civil en general y, además, con la clasificación atribuida a Demogue, de obligaciones de medios y de resultado, como división “ontológica” de las obligaciones.

Si como hemos afirmado en un anterior trabajo⁽⁵⁴⁾, toda relación obligatoria es un vehículo de cooperación en virtud del cual alguien que experimenta una necesidad -que es la falta o carencia de un bien- busca satisfacerla, utilizando como medio la conducta humana de otro sujeto, quien está en aptitud de procurarle a aquél la utilidad que satisfaga su necesidad (y dispuesto a desprenderse de la misma), comprenderemos fácilmente que en la propia noción de obligación está inmersa la necesidad de la consecución de un resultado: si alguien se vincula a otro, es porque espera de éste, algo. Nadie, en su sano juicio, podría sustentar como postulado la existencia de una relación jurídica en donde el titular de la situación jurídica subjetiva activa (sea de derecho subjetivo o de poder) no espere nada del titular de la situación jurídica subjetiva pasiva (de deber), pues, tal afirmación, constituiría por sí sola, la negación del propio concepto de relación jurídica. Por ello, la gran

mayoría de la doctrina italiana contemporánea⁽⁵⁵⁾ niega la posibilidad de la existencia de una obligación en la que no sea debido un resultado, afirmando normalmente que “el deber de realizar el resultado y, más en general el programa obligatorio, implica de cualquier modo la necesidad de la actividad preparatoria. Tratándose de una actividad que el deudor debe desenvolver en interés del acreedor, ella es un momento inseparable de la prestación⁽⁵⁶⁾”.

En un sistema como el italiano, en donde la obligación se hace sinónimo de vínculo jurídico (con la estructura de una relación jurídica simple) y en donde la prestación es expresamente reconocida como el “objeto” de la obligación (artículo 1174 c.c. italiano), se reconoce hoy casi pacíficamente la distinción entre prestación y objeto de la prestación: “Prestación quiere decir la conducta debida por el deudor, esto es el conjunto de la actividad que éste debe desenvolver para satisfacer al acreedor; objeto de la prestación es en cambio el contenido de la obligación, es el bien que el acreedor espera (...). Se puede decir con igual fundamento que el objeto es el resultado de la prestación visto desde el punto de vista del deudor, mientras que el resultado es el objeto de la prestación visto desde el punto de vista del acreedor. Es claro, en efecto, que este último dirige su atención al resultado del comportamiento del deudor para satisfacer el propio interés (...), que no es sino el “de conseguir el objeto de la prestación⁽⁵⁷⁾”.

Inclusive, como antes se ha citado, autores de reconocida trayectoria subjetivista como Giorgianni, empeñado en defender la doctrina tradicional que reconoce como elemento central de la obligación el comportamiento del deudor⁽⁵⁸⁾, ha tenido que

(54) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La Obligación: Apuntes para una Dogmática Jurídica del Concepto*. En: *Themis-Revista de Derecho*. Segunda Epoca. Nos.27-28. Lima, 1994. p.42.

(55) Ver, por todos: BIANCA, Massimo. *Inadempimento delle Obligazioni*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1979. p.33; MICCIO, Renato. *I Diritti di Credito*. Vol.1. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, 1971-1973. pp.184-185; BRECCIA, Umberto. *Le Obligazioni*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 1991. pp.137-142; RESCIGNO, Pietro. *Voce: Obligazioni (diritto privato). Nozioni Generali*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol.XXIX. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. pp.190-192; NATOLI, Ugo. *L'attuazione del Rapporto Obligatorio*. Tomo 2. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984. pp.49-50; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. *Il Sistema Giuridico Italiano. Diritto Civile*. Vol.3: *Obligazioni e Contratti*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, 1992. pp.22-23; y GIORGIANNI, Michele. *Voce: Obbligazione (diritto privato)*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol.XI. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, 1965. pp.598-599.

(56) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Vol.IV: *L'obbligazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 1991. pp.74-75.

(57) MICCIO, Renato. *Delle Obligazioni in Generale*. En: *Commentario del Codice Civile redatto a cura di magistrati e docenti*. Libro IV. Tomo 1. Título I: Artículos 1173-1320. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, 1982. pp.4-5.

(58) Cfr. GIORGIANNI, Michele. *La Obligación (La Parte General de las Obligaciones)*. Traducción de la edición italiana por VERDERA Y TUELLS, Evelio. Barcelona: Bosch, 1958. pp.198 y ss; principalmente pp.201, 213 y 216.

manifestar su absoluto escepticismo sobre la validez de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado: “un ‘comportamiento’ del deudor está siempre ‘in obligatione’ (...), mientras que, de otro lado, un ‘resultado’ (...) es siempre necesario, indicando la dirección de la prestación hacia la satisfacción de un interés del acreedor⁽⁵⁹⁾”.

De esta manera, afirmar la existencia de una obligación en donde la prestación sea entendida solamente como “el desarrollo de una conducta” u actividad en interés del acreedor y en donde dicha actividad produzca por sí misma un efecto útil a éste, no debiéndose “el resultado útil de la actividad (...) sino únicamente una conducta de cooperación⁽⁶⁰⁾”, representa la negación misma del concepto de obligación y del propio significado de cooperación: nadie busca relacionarse con alguien para no obtener ese algo (utilidad) que lo ha llevado a vincularse; nadie se relaciona con otro, para “extasiarse con su conducta complaciente”, sino para satisfacer ese interés, que es el concepto jurídico resultante de la necesidad experimentada por aquél, ante la falta o carencia de bienes. Inclusive en supuestos tales como el contrato en favor de tercero, resulta claro que el estipulante, acreedor de la prestación que debe ejecutar el promitente en favor de tercera persona, recibe una utilidad de dicho promitente, que aquél ha valorado como tal (precisamente, la de beneficiar a otro). Por eso, el artículo 1457 del c.c. peruano, exige que el estipulante deba tener interés propio en la celebración del contrato. Igualmente, en aquellas hipótesis que la doctrina tradicional ha ejemplarizado siempre como supuestos típicos de “obligaciones de medios”, tales como la prestación de servicios del médico cirujano o del abogado litigante⁽⁶¹⁾, se reparará que existirá siempre una utilidad comprometida en la obligación: la de mejorar la posición de salvamento del paciente⁽⁶²⁾ o la de mejorar la posición del cliente dentro del proceso. Nadie duda que el resultado “salvación del paciente” o “ganar el juicio”, no se

encontrarán comprometidos en la obligación, pero ellos, no son sin duda, los únicos “resultados” respecto a los cuales puede tener interés el acreedor; resultados que, en general, pueden estar representados en “utilidades materiales” (cosas) o, también, en “utilidades inmateriales” (que no son cosas, tales como mejorar la posición de salvamento del paciente; mejorar la posición del cliente dentro del proceso; etc.).

Toda relación obligatoria es un vehículo de cooperación en virtud del cual alguien que experimenta una necesidad -que es la falta o carencia de un bien- busca satisfacerla, utilizando como medio la conducta humana de otro sujeto, quien está en aptitud de procurarle a aquél la utilidad que satisfaga su necesidad

En este orden de ideas, se reparará que si en toda obligación se encuentra siempre comprometido un resultado, el deber central del deudor consistente en satisfacer el interés creditorio, solamente se considerará cumplido cuando el resultado esperado haya sido alcanzado por el acreedor. Si dicho resultado se ve frustrado, pues entonces se tendrá que afirmar el incumplimiento de la obligación y, si dicho incumplimiento resulta imputable al deudor, el muy probable resarcimiento de los daños ocasionados al interés del acreedor, lo cual no implicará la extinción de la obligación, sino su transformación al mantenerse incólume la estructura de “deber/derecho subjetivo” que constituye la estructura misma del vínculo jurídico⁽⁶³⁾.

(59) GIORGIANNI, Michele. *Voce: Obbligazione...* Op.cit.; p.598.

(60) BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. Traducción del italiano por DE LOS MOZOS, José Luis. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p.39.

(61) BRECCIA, Umberto. *Le Obbligazioni*. Op.cit.; p.138.

(62) Por eso, BIANCA, refiriéndose a la prestación quirúrgica, afirma que el resultado debido está constituido “por la operación exactamente ejecutada”. En: BIANCA, Massimo. *Inadempimento delle...* Op.cit.; p.33. Ver también: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Responsabilidad Civil Médica...* Op.cit.; pp.60-61.

(63) Afirmación negada por toda la doctrina clásica que cree ver en la indemnización de daños y perjuicios un supuesto novatorio de la obligación incumplida. Ver, por todos: BADOSA COLL, Ferrán. *La Diligencia...* Op.cit.; p.864. También: CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. La Plata: Librería Editora Platense, 1984. pp.110-112 y las opiniones de MAZEAUD-TUNC, MESSINEO y NICOLA citadas en dicho texto.

De esta manera, el pago de la indemnización, no supone el cumplimiento de una nueva obligación distinta e incompatible de la obligación primitiva incumplida, sino el cumplimiento de esta misma obligación, desde que no ha sido satisfecho el interés del acreedor y, por ende, no se ha ejecutado el deber central del deudor. Lo que sucede, como bien lo ha retratado Jordano Fraga, es que “se responde (...) en tanto la obligación pervive y pervive insatisfecha; se deja de responder cuando la obligación se extingue por imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor⁽⁶⁴⁾”.

Desde este punto de vista, resulta entonces claro que, en vía conclusiva, el fundamento mismo de la responsabilidad contractual no puede ser más buscado y encontrado en la culpa. Desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de la propia obligación, “se responde porque se debe, no porque se realice un comportamiento (subjetivamente) reproable⁽⁶⁵⁾”.

Lo expresado con anterioridad, nos llevaría a aceptar que el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la misma noción de obligación y, por ende, el deudor debiera responder por el solo hecho de no proveer al acreedor (por causa a él imputable) el resultado al cual se ha comprometido, en virtud de haber asumido -como deber central- el de satisfacer el interés del acreedor; interés este último que sólo se verá satisfecho con la consecución de dicho resultado (la utilidad).

Toda la responsabilidad contractual, pues, reclama indudablemente la aplicación -por definición- de factores objetivos atributivos de responsabilidad y en donde sólo cabría no responder, ante la prueba objetiva de la causa no imputable (causa ajena al deudor). Empero, aún cabe preguntarse sobre el tipo de factor objetivo aplicable:

Particularmente creemos que, desde un punto de vista general, la responsabilidad contractual objetiva reclama como factor atributivo de responsabilidad, a la **garantía**, desde que el deudor funge de garante -con todo su patrimonio- de la satisfacción del interés del acreedor. Particularmente interesante en este punto, pueden resultar las expresiones vertidas por Roppo en relación a la función primaria de la responsabilidad por incumplimiento: “La adopción de un criterio subjetivo de diligencia, circunscrito a la situación

particular del agente, se justificaría si el juicio de responsabilidad por incumplimiento tuviese una función principalmente sancionatoria: esto es, la función de afectar, sancionar al deudor por haber tenido un comportamiento moralmente reproable. Empero, si tal función pudo ser preeminente en el pasado, en una fase del desarrollo de las instituciones jurídicas en la cual las promesas contractuales terminaban por asemejarse, en la conciencia común, a otros tantos compromisos morales, y el juicio sobre su transgresión se teñían de valoraciones éticas, en los ordenamientos modernos no es más así. Se tiene ahora en primer plano la sustancia y el rol económico de las operaciones contractuales, y la función primaria de la responsabilidad por incumplimiento no es aquella de castigar al deudor que falta a sus obligaciones, sino más bien aquella de garantizar la posición del acreedor: sea procurándole el resarcimiento de las pérdidas que haya sufrido por efecto del incumplimiento (función de compensación); sea, todavía primero, buscando de prevenir -a través de la amenaza de la sanción resarcitoria- al mismo incumplimiento, para así asegurar la plena realización de sus expectativas económicas (función de prevención)⁽⁶⁶⁾”.

La garantía de la posición creditoria y su utilización como factor atributivo objetivo de responsabilidad, justificante de la función primaria de la responsabilidad por incumplimiento, es, por lo demás, acorde con “la tutela del crédito asumida como idea central de la responsabilidad”, implicando “el abandono de patrones morales o intencionales e impone la adopción de módulos objetivos de conducta (más idóneos para operar la realización del interés creditorio) y la afirmación de la responsabilidad como consecuencia inmediata del incumplimiento o, al menos, como su consecuencia normal⁽⁶⁷⁾”.

La responsabilidad contractual informática, planteada sobretodo en el punto 3 de este trabajo, no puede ser ajena a todas las consideraciones precedentemente vertidas. El gestor de una base de datos, en vía contractual, asume frente a su acreedor-usuario, un deber central consistente en proporcionarle a éste una información correcta y oportuna plasmada -por lo general- en un *software*, sea éste un *software* de base

(64) JORDANO FRAGA, Francisco. *La Responsabilidad Contractual*. Madrid: Civitas, 1987. p.76.

(65) *Ibid.*; p.35.

(66) ROPPO, Enzo. *Il Contratto*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. p.254.

(67) JORDANO FRAGA, Francisco. *Op.cit.*; p.35.

(asimilable a la responsabilidad por “*hardware* defectuoso” en caso de incumplimiento) o un “*software* aplicativo”.

Cabe entonces preguntarse si acaso la responsabilidad contractual informática asume contornos más propios que aquellos pertenecientes a la responsabilidad contractual en general, en la medida que el *hardware* o el *software* puedan considerarse “productos” o “servicios” o, mejor aun, si la propia actividad informática pueda ser considerada o no una “actividad riesgosa”. Cabe entonces válidamente pasar a analizar si el gestor de base de datos - y particularmente en materia de informática jurídica -

a) ¿fabrica un producto, por lo que debería serle de aplicación las normas sobre responsabilidad del productor (por productos defectuosos)?;

b) ¿introduce en la sociedad un “bien riesgoso”, por lo que le debería ser de aplicación la responsabilidad objetiva por riesgo contenida en el artículo 1970 del Código Civil peruano?;

c) o acaso, como variante de la responsabilidad por riesgo precedentemente enunciada, ¿realiza una actividad peligrosa (la actividad confiada a la elaboración electrónica)?

En la respuesta de estas interrogantes, empeñaremos la discusión del punto siguiente, con el objeto de apreciar si la responsabilidad informática puede -en términos generales- responder a un tipo especial de factor atributivo de responsabilidad y, si dicha responsabilidad, sigue siendo objetiva.

5. CONTORNOS ESPECÍFICOS DE LA RESPONSABILIDAD INFORMÁTICA Y, EN PARTICULAR, DE LA RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DE BASE DE DATOS EN INFORMÁTICA JURÍDICA.

No hay duda que la necesidad de encontrar algún tipo de factor atributivo de responsabilidad, de tipo objetivo principalmente, aplicable a la responsabilidad informática en particular, puede justificarse con mayor intensidad dentro del ámbito extracontractual, en donde el fundamento de la responsabilidad civil -para algunos- difícilmente puede encontrarse en la propia noción de obligación, desde que dicha responsabilidad nacería del incumplimiento de un deber jurídico general de no causar daño a nadie (*alterum non laedere*). Por ello, para los casos de venta de *hardware* o *software* defectuosos (o

utilización de los mismos mediante relaciones contractuales alternativas a la venta), Alpa nos indica que “intervienen las normas relativas a la responsabilidad contractual y a las garantías de la venta”, mientras que, tratándose de daños “ocasionados a terceros que están en relación con el adquirente” (daño extracontractual), “se pueden aplicar a la producción de computadoras las mismas reglas y los principios generales que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado en materia de responsabilidad del productor⁽⁶⁸⁾”.

Si bien es cierto que la riqueza de la discusión sobre si a la responsabilidad informática le son o no aplicables las normas y principios referidos a la responsabilidad de productos defectuosos, o los de responsabilidad por riesgo de empresa, o los de responsabilidad por bienes riesgosos en general, se plasma dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual (y generalmente vinculada a la problemática de la producción informática en masa, o en serie), no debemos descartar de plano -en nuestra opinión- la hipótesis precedentemente planteada de si a la responsabilidad contractual informática le corresponden, en particular, contornos específicos que puedan determinar la aplicación de otro tipo de factores atributivos de responsabilidad, distintos a la garantía.

La primera hipótesis, la de justificar la aplicación a la actividad informática, de las normas y principios referidos a la responsabilidad del productor, parte de considerar al *software* y, particularmente al *hardware*, un producto industrial destinado al consumo, y en donde “el *hardware* conserva algunas peculiaridades que pueden desenvolver un rol de no poca relevancia en el juicio de responsabilidad: se trata, en efecto, de un producto que requiere una notable pericia en el uso (cuando no se tratan de productos-juguete, como el *personal computer*, o como el *home computer*): es un producto que requiere pericia en la instalación, en el mantenimiento, en la asistencia para su uso; en donde puede haber por tanto concurrencia de culpa del usuario, sea en la creación del daño, sea en el mismo desenvolvimiento de operaciones accesorias (sustitución de piezas, reparación, manipulación, alteración, etc.); y también concurrencia del softwarista, el cual no siempre está ligado a relaciones de dependencia o de colaboración con el productor del *hardware*⁽⁶⁹⁾”. Sobre esta primera hipótesis, volveremos luego.

(68) ALPA, Guido. *Responsabilità Civile e Danno...* Op.cit.; p.427.

(69) Ibid.; p.428.

La segunda hipótesis, la de justificar la aplicación a la actividad informática, de las normas y principios referidos a la “responsabilidad por riesgo”, parte de considerar a la actividad informática como una “actividad peligrosa” o, al *software* o al *hardware*, como un bien riesgoso.

Sobre esta segunda hipótesis, existe una profunda divergencia en la doctrina comparada: Busnelli, por ejemplo, refiriéndose al caso de las actividades conexas a la realización de programas de cómputo y a las actividades que se confían a la elaboración electrónica en general, conviene en calificarlas como actividades “potencialmente riesgosas”. El citado autor italiano, en referencia a la fórmula “amplia y elástica” contenida en el artículo 2050 del Código Civil italiano (relativo a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas) nos señala: “es verdad que la jurisprudencia es todavía mas bien cauta en aplicar dicha regla, aun cuando ya es principio pacífico que ‘actividades peligrosas’ no son solamente aquellas previstas como tales en el T.U. de las leyes de Seguridad Pública o en otras leyes especiales. Desde algún tiempo se auspicia una extensión de la norma para abarcar a aquellas actividades que, si bien no presentan como su característica típica el requisito de la ‘peligrosidad’, pueden sin embargo devenir en peligrosas si se ejercitan en concreto de cierta manera, mientras que no lo son si se ejercitan en formas y modos diversos. Y esto podría ser propiamente el caso de las actividades ligadas con la realización de un programa: las cuales, en abstracto no peligrosas, podrían en concreto transformarse en tales, en relación a las operaciones específicas a las cuales vengan referidas⁽⁷⁰⁾”.

Con mayor rigor y, para el caso específico de la

gestión de bancos de datos, Ferri, Giacobbe y Taddei Elmi, convienen expresamente en catalogarla como “actividad peligrosa”, sujeta a la aplicación del artículo 2050 Código Civil italiano⁽⁷¹⁾.

En posición contraria, Alpa ha afirmado que “si bien es verdad que en modo especial en la jurisprudencia reciente, el artículo 2050 del Código Civil ha recibido una aplicación bastante amplia, llegando a desnaturalizar o a desvirtuar de contenido la connotación de “peligrosa” referida a la actividad, de modo tal de llegarse a considerar ahora poco usual la interpretación restrictiva que se hacía de la normativa sobre la seguridad pública, me parece difícil poder considerar como tal la elaboración electrónica: nunca puede ser peligrosa la actividad que (valiéndose de la elaboración electrónica) tiene como consecuencia efectos de creación de riesgo, que los tendría en la misma intensidad y medida, si fuera también confiada a acción mecánica o humana⁽⁷²⁾”.

La diversidad de opiniones vertidas sobre el particular⁽⁷³⁾ nos demuestra la dificultad de considerar, *per se*, a la actividad informática como subespecie de la actividad peligrosa en general. Ello dependerá en gran medida de la propia noción que se tenga de una actividad riesgosa. Como se sabe, en el Perú, la responsabilidad por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, se encuentra recogida dentro de las normas de responsabilidad extracontractual y en forma conjunta con la responsabilidad por la utilización de bienes riesgosos, en el artículo 1970 del Código Civil: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

(70) BUSNELLI, Francesco Donato. *Introduzione*. En: *Computers e Responsabilità Civile a cura...* Op.cit.; p.6. Conviene revisar también los textos que se citan en esta obra de: CARNEVALI, Ugo. *La Responsabilità del Produttore*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. pp.280 y ss.; RUFFOLO, Ugo. *Sull'applicazione dell' art. 2050. c.c. all'attività sanitaria*. En: *La Responsabilità Medica*. Collana della *Rivista Responsabilità Civile e Previdenza*. No.1. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982. pp.89 y ss; y también COMPORTI, Marco. *Appunti Critici sul Ricorso a Criteri di Responsabilità Oggettiva in Campo Sanitario*. En: *La Responsabilità Medica...* Ibid.; p.98.

(71) FERRI, Enrico; GIACOBBE, Giovanni; y TADDEI ELMI, Giancarlo. *Informática e Ordinamento...* Op.cit. p.165.

(72) ALPA, Guido. *Responsabilità Civile e Danno...* Op.cit.; p.429.

(73) Ver también: BERGEL, Salvador Darío. *Responsabilidad Civil Derivada de la Informática*. En: *Revista Informática y Derecho*. No.4. Mérida: Aranzadi-Universidad Nacional de Educación a Distancia. Centro Regional de Extremadura (III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho llevado a cabo del 21 al 25 de setiembre de 1992. Actas. Vol.1), 1994. En este trabajo, el citado profesor argentino, utilizando bibliografía muy similar a la nuestra, arriba a la conclusión que “en materia de banco de datos pareciera que no existen disidencias en doctrina sobre la ubicación de tal actividad en la órbita de las actividades peligrosas” (p.409), considerando que “en definitiva, estamos ante un supuesto en que la actividad (compilación de la información) no es peligrosa por su naturaleza, sino por la forma de su realización (utilización de la tecnología informática). La natural propensión a producir daños propios de la actividad en cuestión -se ha señalado- es tal que nos hace pensar en su calificación en términos de peligrosidad” p. 413).

Para el artículo en comentario, De Trazegnies considera que el riesgo allí referido debe entenderse como “aquella circunstancia que coloca un peligro adicional al simple riesgo de vivir en común”, debiéndose comprender dentro de los alcances del precepto legal precedentemente citado, “todo lo riesgoso” (simple riesgo, riesgo anormal e, inclusive, el ultrarriesgo), pues, “la reiteración enfática de adjetivos” (bien riesgoso o peligroso; actividad riesgosa o peligrosa) actúa como “una invitación al juez peruano para que realice una interpretación extensiva del concepto⁽⁷⁴⁾”.

Nosotros concordamos con la opinión citada del profesor De Trazegnies, en el sentido que -tan igual como en Italia se interpreta el artículo 2050 del Código Civil italiano- nuestro artículo 1970 debe ser materia de una interpretación extensiva (máxime si, como es sabido, el Código Civil peruano no se pronuncia sobre las denominadas “actividades ultrarriesgosas”); empero consideramos algo “gaseosa” la definición de riesgo que se pretende acoger. Nos parece, por ejemplo, mucho más lograda la definición que de “actividad peligrosa” nos brinda Trimarchi⁽⁷⁵⁾, quien señala que “el término ‘actividad peligrosa’ implica la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio, y viene referido normalmente sólo a actividades en las cuales el riesgo es particularmente evidente, cuales son el uso de explosivos o de sustancias químicas venenosas. Empero (...) la aplicación de la responsabilidad objetiva debe ser más amplia, con la finalidad de comprender todos los casos en los cuales el riesgo tenga dimensiones no irrelevantes y, de esta manera, pueda ser calculable y traducible en costo: tales dimensiones y tal cualidad, el riesgo puede adquirirlos sólo a través de la continuidad, la repetición y la organización de actos, los cuales, singularmente considerados, aparecen inocuos. Dado este presupuesto, la responsabilidad objetiva puede encontrar una aplicación económica, y el mayor o menor grado de peligro se traduce automáticamente en una responsabilidad más o menos

frecuente, más o menos costosa⁽⁷⁶⁾”.

Creemos que la opinión transcrita del profesor Trimarchi, tiene la excelente virtud de abrirnos los ojos a una perspectiva nueva, respecto a la cual tanto hemos insistido en el presente trabajo y respecto a la cual no siempre se ha tenido la suficiente lucidez para apreciarla: factores atributivos de responsabilidad tales como la culpa o el riesgo, tienen una finalidad siempre estrictamente económica y social, apreciable desde una perspectiva sistémica de la responsabilidad civil. Un ordenamiento normativo debiera siempre evaluar la conveniencia o no de incentivar o desincentivar cierto tipo de actividades, teniendo en consideración el bien común o -como preferimos llamarlo- la utilidad social de ciertas actividades. Así, por ejemplo, la decisión de utilizar un factor atributivo subjetivo de responsabilidad, como la culpa, se explicará en la intención de promover el desarrollo de cierto tipo de actividades, desde que la culpa implicará siempre una mayor dificultad de probanza y, por ende, una mayor dificultad para el traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable⁽⁷⁷⁾. Contrariamente, la adopción de un factor atributivo objetivo de responsabilidad, como el riesgo, se explicará en la intención de desincentivar o, ciertamente, sólo tolerar el desarrollo de ciertas actividades: una sociedad, debe decidir entre permitir o prohibir el desarrollo de actividades peligrosas. En principio, debiera prohibirlas, precisamente por la naturaleza peligrosa de las mismas; empero, por su utilidad social, por el contrario, las consiente, tolerándolas. Son ilustrativas, al respecto, las expresiones vertidas por Franzoni, quien, refiriéndose al fundamento de la responsabilidad por el ejercicio de actividad peligrosa (artículo 2050 del Código Civil italiano), afirma que “la *ratio* del artículo bajo comentario es el de consentir el ejercicio de actividades riesgosas, actividades que de otro modo deberían estar prohibidas, imponiendo sin embargo un régimen especial de responsabilidad para quien ejerce la actividad. Aquí la responsabilidad funge de criterio

(74) DE TRAZEGNIES, Fernando. Op.cit.; Vol.IV. Tomo 1. pp.158-159.

(75) Quien ya desde el año 1961 había postulado en forma pionera que la noción de riesgo debía ser apreciada en términos de costo económico. Ver: TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961. pp.214-218.

(76) *Ibid.*; pp.214-215.

(77) Perspectiva desde la cual habría que revalorar la conveniencia de mantener la inversión de la carga de la prueba de la culpa recogida en el artículo 1969 del Código Civil peruano; inversión pensada y consagrada -qué duda cabe- desde una perspectiva diádica de la responsabilidad civil, con el propósito de servir al resarcimiento integral de los daños (función satisfactoria de la responsabilidad civil).

para equilibrar los costos sociales producidos por ciertas actividades objetivamente riesgosas, sobre el presupuesto de su reconocida utilidad: no se puede prohibir la elaboración de pólvora, la actividad de relleno de balones de gas, la actividad farmacéutica, la actividad química, la actividad militar, etc.; se debe, en cambio, agravar el régimen de responsabilidad de quien ejerce la actividad, con el fin de tutelar a los particulares del riesgo de daños⁽⁷⁸⁾”.

Por ello es que, como lo afirmara Trimarchi, una actividad puede ser catalogada como peligrosa, solamente a través de la continuidad y la repetición de actos y conductas (contexto social) y, por ello mismo, el riesgo debe ser reconocible *ex ante* a la verificación del daño⁽⁷⁹⁾; esto es que, “quien ejercita una actividad, deber estar en aptitud de conocer el grado de peligrosidad que la caracteriza al momento de emprenderla, para así, luego, tomar todas las medidas idóneas destinadas a reducir el riesgo de daños⁽⁸⁰⁾”.

Cabe entonces, reafirmar nuestra opinión en el sentido que, desde una perspectiva diádica, el fundamento de la responsabilidad civil debe ser encontrada en la propia noción de obligación; y esta afirmación resultará siendo válida aun dentro del campo de la responsabilidad extracontractual, siendo irrelevante para esto la diversidad de fuentes de los dos sistemas de responsabilidad (del contractual, el incumplimiento de una obligación “técnicamente entendida como tal”; del extracontractual, el incumplimiento del deber jurídico general de no causar daño a nadie: *alterum non laedere*)⁽⁸¹⁾: Si en un inicio se debe una conducta de no hacer (no causar daño), que le provee a cada uno de los sujetos integrantes de la sociedad una utilidad no económica (utilidad inmaterial consistente en la tranquilidad y respeto de los propios asuntos) que satisface el interés genérico (compartido por todos los integrantes de la sociedad) de convivencia pacífica, el incumplimiento de este deber de carácter general determinará una mutación de varios de sus elementos. En primer lugar, el daño

introducido por el incumplimiento mutará ese interés genérico precedentemente anotado en uno específicamente creditorio, en donde “el individuo concretamente dañado en su interés de convivencia pacífica, reclama esta vez la satisfacción de su interés conculcado, el cual consistirá en la apreciación individual y concreta que el sujeto damnificado realice respecto al valor que el bien lesionado revestía en particular para él⁽⁸²⁾”. En segundo lugar, la mutación del interés determinará, a su vez, la obvia sustitución de utilidades y de las conductas a través de las cuales se provee aquéllas: la conducta de no hacer que proveía la utilidad no económica en el deber jurídico general de no causar daño a otro, es reemplazada por otra conducta (normalmente de dar) que provee esta vez una utilidad patrimonial que satisface el interés conculcado de la víctima. Ello, desde la óptica del deudor, significa que el inicial deber jurídico general (no patrimonial) se transforma en una obligación, dada precisamente la patrimonialidad que representa la utilidad que está llamado a procurar a través de la prestación indemnizatoria. Por esto, “resulta pese a todo siendo exacto -aun bajo la moderna doctrina de la responsabilidad civil- aquella afirmación realizada por la doctrina clásica en torno a que el incumplimiento del deber jurídico general de “no causar daño a nadie”, genera el nacimiento de la obligación de indemnizar⁽⁸³⁾”; y, como en toda obligación, el deudor estará llamado a satisfacer el interés del acreedor, garantizando con su patrimonio, presente y futuro, la satisfacción de dicho interés.

Por todo lo anteriormente expuesto y, en vía conclusiva, creemos que, cuando un ordenamiento jurídico se cuestiona la necesidad de encontrar otro factor atributivo de responsabilidad, subjetivo u objetivo, distinto a la garantía, para justificar el traspaso del peso económico de la víctima al responsable en los daños generados a través de actividades informáticas, lo que se está cuestionando, en suma, es si a la luz del estado actual de los conocimientos técnicos y científicos de

(78) FRANZONI, Massimo. Op.cit.; p.537.

(79) TRIMARCHI, Pietro. Op.cit.; p.216; y la cita hecha en este trabajo de VOIRIN. *La Notion de Chose Dangereus*. En: *Dalloz Hebdomadaire*. Chronique. 1929. p.2.

(80) FRANZONI, Massimo. Op.cit; p.535.

(81) Para profundizar sobre este tema, ver nuestro trabajo: FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Responsabilidad Civil y Derecho de Daños*. En: *El Jurista. Revista Peruana de Derecho*. Año 1. No.4. Lima, diciembre de 1991. pp.93-94.

(82) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Los Supuestos Dogmáticos de la Responsabilidad Contractual...* Op.cit.; p.79.

(83) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Responsabilidad Civil y Derecho de Daños...* Op.cit.; p.94.

determinada sociedad, la actividad informática deba o no incentivarse en su desarrollo. Si se considerara que, a la luz del nivel de dichos conocimientos, se hace necesario coadyuvar al progreso de dicha actividad, muy posiblemente, bajo la denominada perspectiva sistémica de la responsabilidad civil, se considere (legal o jurisprudencialmente) a la responsabilidad informática, como un subespecie de la responsabilidad subjetiva por culpa. Si, por el contrario, a la luz del mismo nivel de los conocimientos técnicos y científicos, se considerara que éstos ya han alcanzado un grado de desarrollo que haga innecesaria una política macrosocial y macroeconómica de incentivación de la actividad informática, deberá catalogarse a ésta como una subespecie de la responsabilidad objetiva, pudiendo tomarse al riesgo como factor atributivo de responsabilidad, básicamente en materia de responsabilidad extracontractual, sobre la base de considerar al *software* y al *hardware*, productos industriales destinados al consumo masivo (y, por ello, fabricados “en serie”).

En este orden de ideas, no creemos que sea lo más apropiado asimilar la actividad informática a las “actividades peligrosas”, sino, más bien, llevar la responsabilidad informática a la responsabilidad del productor de bienes destinados a la circulación y al consumo (siempre suponiendo que la sociedad ideal a la cual nos referimos haya alcanzado el grado de desarrollo que permita asegurar el dominio de la técnica y la ciencia en el campo informático).

De plano, nos permitimos descartar la posibilidad de asimilar la responsabilidad informática a la llamada “responsabilidad por la utilización de bienes riesgosos”, no porque legalmente no sea posible (recordemos que el texto del artículo 1970 del Código Civil peruano hace referencia expresa a los “bienes riesgosos o peligrosos”), sino, porque simplemente no creemos en la existencia de dicha categoría de bienes, que el resultado de otra “ficción legal”, de las tantas que han invadido el derecho

clásico. Creemos, como Trimarchi, que el riesgo, como factor atributivo de responsabilidad objetiva, “viene ligada a ‘actividades’ y no a ‘cosas’ que presenten un riesgo⁽⁸⁴⁾”. El prestigiado profesor de la Universidad de Milán decía, desde el año 1961, lo siguiente: “en efecto, se ha sostenido⁽⁸⁵⁾ que la norma sobre el daño ocasionado por cosas se deba aplicar sólo a las “cosas” peligrosas, y justamente esta tesis ha sido criticada en base a la consideración que no existe una categoría de ‘cosas peligrosas’, porque la misma cosa puede ser peligrosa o inocua según las circunstancias”.

Observación exacta: para convencerse basta pensar que existen sustancias químicas inocuas en condiciones normales, las cuales resultarán peligrosas cuando vengan expuestas, en el curso de un procedimiento industrial, a ciertas presiones, a ciertas temperaturas, al contacto con otras sustancias. Ya Stallybrass, en un estudio dedicado a un problema análogo en relación al *common law*⁽⁸⁶⁾, ha observado que no se puede hablar de cosas peligrosas *in sé*, sino sólo de cosas peligrosas “submodo”, habiendo concluido que la responsabilidad se conecta no tanto a la cosa cuanto a la actividad que con ella viene desenvuelta y al riesgo que así viene creado: y esta me parece la única conclusión adecuada⁽⁸⁷⁾.

No puede -también en nuestro concepto- afirmarse la responsabilidad por la utilización de bienes riesgosos, por la irrealidad de esta categoría: un automóvil, por ejemplo, en sí mismo considerado, no constituye ningún “bien riesgoso”. Es la actividad automotriz, la circulación vial y el transporte de vehículos, las que podrían llegar a catalogarse como “actividades peligrosas”. Del mismo modo, por ejemplo, un producto farmacéutico expedido fuera de su fecha de vencimiento, no lo transforma, en nuestro concepto, en un “bien peligroso”: es la actividad del farmacéutico la que, en este acto, se torna peligrosa, al expedir remedios vencidos. Y lo afirmado precedentemente, resultaría de aplicación, creemos, aun a los supuestos que han sido manejados como ejemplos

(84) TRIMARCHI, Pietro. Op.cit.; pp.215 y ss. Véase también, las citas en las que este autor apoya su opinión (llamada a pie de página No.98) de las obras de SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile*. 2a.ed. Vol I. París, 1951. Numeral 350. p.450; y de BRASIELLO, UGO. *Cose Pericolose o Cose “Seagenti”?*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1956. pp.27 y ss.

(85) RIPERT, Georges. Nota en Dalloz. I. 1927. p.97; PERETTI-GRIVA, Doménico R. *In Tema di Danni dati dalle Cose*. En: Foro. Pad. I. 1955. pp.866-868; GLEIJESES. *Sull’ inapplicabilità dell’art. 2051o. c.c. all’incendio di immobili*. En: Foro It. I. 1955. pp.1158 y ss. Citados por TRIMARCHI, Pietro. Op.cit.; Nota a pie de página No.97. p.215.

(86) STALLYBRASS. *Dangerous Things and the Non-natural User of Land*. En: *Cambridge Law Journal*. 1929. pp.376 y ss. Citado por TRIMARCHI, Pietro. Op.cit.; Nota a pie de página No.99. p.216.

(87) TRIMARCHI, Pietro. Op.cit.; pp.215-216.

de “bienes ultrarriesgosos”, tales como la energía nuclear, la cual sólo existe como tal, como un resultado de manipulaciones y combinaciones introducidas por el hombre, esto es, producto de una “actividad”.

Hay quienes han querido defender la categoría de los “bienes riesgosos” para justificar supuestos expresos de responsabilidad legal. Así, por ejemplo, se dice que dicha categoría podría afirmarse para justificar la responsabilidad solidaria del propietario de vehículos automotores⁽⁸⁸⁾. Para nosotros, dicho supuesto legal es otro de responsabilidad indirecta que pretende -desde una perspectiva diádica de la responsabilidad- asegurar el resarcimiento pleno de la víctima, pudiendo su utilidad ser discutida bajo la perspectiva sistémica de la responsabilidad. En todo caso, su admisión legal puede perfectamente justificarse en el habitual factor atributivo de la responsabilidad civil indirecta: la garantía.

Por todo lo expuesto, creemos que será la responsabilidad del productor quien mejor expresará la responsabilidad informática, desde una perspectiva sistémica de la responsabilidad civil, cuando exista un determinado grado de desarrollo positivo de la actividad informática. La perspectiva macrosocial y macroeconómica de la responsabilidad civil permite realizar un juicio *ex ante* sobre la base de los conocimientos técnicos y de la experiencia desarrollada sobre la materia, para evaluar si cabe y si se debe aplicar la responsabilidad objetiva. Si se decide que el grado de desarrollo de la ciencia y la técnica es aceptable, debiera aplicarse la responsabilidad objetiva, pues la actividad en que dicha ciencia y técnica son aplicadas, no necesitará más de protecciones tuitivas macro-económicas y macro-sociales para incentivar el desarrollo de la misma.

Este razonamiento explica históricamente por qué, en Europa, sectores de responsabilidad civil concebidos siempre como de aplicación de la responsabilidad subjetiva por culpa, son hoy ubicados bajo el ámbito de la responsabilidad objetiva. Tal es el caso de sectores de la responsabilidad médica, en donde se presupone que el grado de desarrollo de la ciencia médica ha alcanzado un grado tal, que el médico incluso está en

aptitud de garantizar el resultado “cura” (verbigracia, una intervención quirúrgica de “apendicitis” o “amigdalitis”)⁽⁸⁹⁾; tal es el caso, también, de la responsabilidad por daños producidos por productos defectuosos, la cual, a través de la Directiva C.E.E. No. 85/374, ha sido concebida como una responsabilidad objetiva, pese a ser, en sus inicios, claramente entendida como una responsabilidad por culpa; tal debería ser el caso -en nuestro concepto- de la responsabilidad por el transporte aéreo de personas y cosas, en donde hoy, las mismas razones que llevaron a la transformación de la responsabilidad por productos defectuosos de una responsabilidad por culpa a una responsabilidad objetiva, se enfrentan a grupos de poder económico que impiden dicha transformación.

Deberá repararse que el fundamento de la responsabilidad del productor de bienes destinados a la circulación y al consumo es distinto al fundamento de la responsabilidad por el ejercicio de actividad peligrosa en general. Ello, no convierte a la responsabilidad del fabricante en un subtipo de la mal concebida “responsabilidad por bienes riesgosos”, sino que, creemos, precisamente por razones de una política sistémica de responsabilidad, es tratada como una variante específica del riesgo de empresa (no sujeta a los principios del riesgo de empresa en general).

Probablemente, la gran mayoría de autores italianos contemporáneos no compartirían nuestra afirmación antedicha, empero, básicamente, por razones legislativas⁽⁹⁰⁾.

Sin embargo, creemos, al igual que ellos, que cabe y se debe diferenciar los fundamentos de los dos tipos de responsabilidad bajo análisis:

- Quien ejercita una actividad peligrosa, responde precisamente por el riesgo inherente al ejercicio de esta actividad. El suyo, es un riesgo de actividad.
- Quien fabrica un producto, responde por la puesta en circulación del producto inseguro. El suyo, es un riesgo por el resultado de la obra; responsabilidad que encuentra su fundamento en la inseguridad del producto destinado a largo consumo y el peligro que esto ocasione daños a los consumidores⁽⁹¹⁾.

(88) Recogida en el Perú en el artículo 181 del Código de Tránsito, aprobado por Decreto Legislativo No.420, con vigencia a partir del 01/09/87.

(89) Ver al respecto FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Responsabilidad Civil Médica...* Op.cit.; p.64.

(90) En razón al texto del artículo 6 del D.P.R. No.224 del 24/05/88 que introdujo en Italia la actuación de la Directiva C.E.E. No.85/374 relativa a responsabilidad por daños producidos por productos defectuosos. Ver al respecto FRANZONI, Massimo. Op.cit.; p.537.

(91) Cfr. FRANZONI, Massimo. Op.cit.; pp.536-544; principalmente, p.540.

Por lo dicho, la prueba liberatoria de responsabilidad del productor no es la misma que la exigida a quien ejercita una actividad peligrosa. En esta última responsabilidad, la prueba liberatoria es la misma que la exigida en la responsabilidad objetiva en general: el deudor sólo se libera probando que una causa a él ajena, le ha impedido cumplir; esto es que, quien ejercita una actividad peligrosa debe demostrar que el evento que le impide cumplir es extraño a la actividad riesgosa desenvuelta.

En cambio, el productor, no debe necesariamente demostrar el caso fortuito para no responder: puede demostrar que el producto era suficientemente seguro al momento en el cual fue puesto en comercio, de acuerdo al nivel de los conocimientos técnicos y científicos imperantes en dicho momento. Por esto se le permite exonerarse de responsabilidad probando, entre otras cosas:

- que el defecto que ha ocasionado el daño no existía cuando el productor colocó el producto en circulación;
- que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento en el cual el fabricante puso en circulación el producto, no permitió considerar todavía el producto como defectuoso. Este “riesgo”, es considerado como un “riesgo típico de la actividad” (conocido como “riesgo de desarrollo”) y que es uno ya existente al momento de la puesta en circulación del producto, pero que no podía ser descubierto dado el nivel de los conocimientos técnicos y científicos imperantes en dicho instante.

En consecuencia, en la responsabilidad del productor tendremos, pese a todo, una prueba liberatoria “menos rigurosa” o “más amplia”, que aquella reservada para la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, en donde, inclusive, un riesgo típico de la actividad de empresa, el denominado “riesgo de desarrollo”, sirve, pese a su tipicidad, como prueba liberatoria de responsabilidad. Ello constituye, en nuestro concepto, un tributo a la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil y en donde se admite como prueba de la falta de relación de causalidad, el “haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño⁽⁹²⁾”.



6. NOTAS CONCLUSIVAS.

1. En el desarrollo del presente trabajo, creemos haber demostrado la importancia fundamental que reviste en la moderna responsabilidad civil, el conocimiento de las perspectivas “diádica” y “sistémica” de la misma y el rol que desenvuelven dentro de ellas, los factores atributivos de responsabilidad.

2. Hemos indicado que, en nuestro concepto, la responsabilidad civil en materia informática, desde una perspectiva diádica (en cualquier tipo de vinculación intersubjetiva: nivel microsociedad y microeconómico de la responsabilidad civil) es siempre objetiva, como objetiva es y debe ser la responsabilidad civil en general, dado que el fundamento de la misma -sea contractual o extracontractual- debe ser encontrado en la propia noción de obligación: se responde, en principio, porque se debe un resultado.

Lo anteriormente indicado conlleva la necesidad de reconocer, desde un plano general y desde una perspectiva diádica de la responsabilidad civil, siempre a la garantía como el factor atributivo de responsabilidad por excelencia.

(92) Ibid.; principalmente pp.518, 535 y 538-540.

3. Sin embargo, la finalidad esencial de la responsabilidad civil, desde una perspectiva diádica, como es la función satisfactoria del interés creditorio, no siempre se condice con la finalidad esencial de la responsabilidad civil, desde una perspectiva sistémica (nivel colectivo de la responsabilidad civil; esto es, macrosocial y macroeconómico), cual es la incentivación o desincentivación de actividades, sobre la base del estado de desarrollo de éstas en una sociedad dada, en función al nivel de los conocimientos técnicos y científicos del momento.

Es aquí donde entran a tallar otros tipos de factores atributivos de responsabilidad. La culpa, modernamente hablando, solamente debe importar y aplicarse como factor atributivo de responsabilidad, cuando se pretenda incentivar el desarrollo de determinada actividad: su régimen especial probatorio (prueba liberatoria de responsabilidad), al complicar el traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable y la introducción por lo general de “cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad”; a nivel diádico, permiten a nivel sistémico que el riesgo inherente al desarrollo de determinada actividad (por el estado actual de los conocimientos técnicos y científicos) sea “controlado” por los sujetos que realizan la actividad, de clara utilidad social.

El riesgo, en cambio, como factor atributivo de responsabilidad objetiva, justificará su aplicación, siempre a nivel sistémico (y, por ende, variando el factor atributivo de responsabilidad a nivel diádico), cuando el grado de desarrollo de la ciencia y la técnica, aplicable a determinada actividad, haya alcanzado un nivel cuando menos aceptable.

4. En este orden de ideas, un gestor de base de datos, en el nivel contractual, asume frente al usuario un deber fundamental (central) de proporcionar a éste una información correcta y oportuna, por lo que, desde la perspectiva diádica, su responsabilidad civil debiera ser objetiva, fundada en la garantía.

Sin embargo, en el Perú, seríamos ciegos -creemos- si no reparamos en el hecho del desarrollo incipiente de la actividad informática y, particularmente, de la informática jurídica. Si a esto le sumamos el hecho cierto del manejo caótico por parte del Estado de la información legal, con la promulgación super abundante de normas legales y el uso casi promiscuo del recurso de la “derogación tácita” de normas,

comprenderemos cómo, de hecho, los principales contratos que se suscriben para la prestación de servicios de información legal (sea a través de la venta de *software* o a través de relaciones contractuales alternativas a la venta) contienen cláusulas-tipo como la siguiente: “La interpretación que haga el usuario de la información proporcionada por el softwarista, será de su exclusiva responsabilidad y, por ningún motivo, se considerará a éste responsable de algún daño derivado del uso o interpretación de la información contenida en el *software* proporcionado por el softwarista”. Ello no significa sino que, en nuestro concepto y, dado el nivel actual de la informática jurídica en el Perú, la responsabilidad informática debiera reposar en la culpa como factor atributivo de responsabilidad, pues, desde una perspectiva sistémica, sólo así se podrá incentivar el desarrollo de tal actividad, hasta alcanzar un grado de desarrollo adecuado (pudiendo la actividad informática, en la actualidad, ser ubicada dentro de los alcances del artículo 1762 del Código Civil peruano).

5. A nivel extracontractual, creemos que el estado actual de las cosas resulta similar a lo expresado en el punto 6.4 precedente, debiendo también reposar en la culpa, la justificación del traspaso del peso económico de los daños; ello, sin perjuicio de evaluar la conveniencia -sobre el estado de los conocimientos técnicos y científicos del momento- de llevar la responsabilidad informática a donde en definitiva creemos deberá ser ubicada: en la responsabilidad del productor (para lo cual deberá contarse con una adecuada normatividad que contemple el denominado “riesgo de desarrollo” como prueba liberatoria de responsabilidad).

6. Finalmente, a la pregunta última de si las ocasiones de daño por computadoras merecen o no una regulación específica, sea a través de una legislación especial, o sea a través de su ubicación como supuesto específico dentro de las normas sobre responsabilidad civil contenidas en nuestro Código Civil, se comprenderá, a estas alturas de nuestro discurso, que ello debería representar un problema secundario si se contara con una jurisprudencia viva y creadora.

La realidad actual de nuestros tribunales, nos lleva una vez más a la convicción de que, en nuestro medio, deberá recurrirse a la vía legislativa para “orientar” a los jueces hacia la comprensión de la intención de la

ley y su “proyecto sistémico” de responsabilidad.

En todo caso, no debiera nunca olvidarse que la denominada “responsabilidad informática”, es siempre reconducible a las reglas generales de responsabilidad.

Sabemos que muchos de los conceptos vertidos en este, nuestro trabajo, serán entendidos en nuestro medio como revolucionarios y contrarios a la tradición jurídica; sobretodo para aquellos trasnochados apegados a viejas fórmulas del pasado. Sin embargo, creemos firmemente que el respeto a la tradición, por la tradición misma, es sinónimo de dogmatismo.

A todos aquellos que aman la tradición, por la tradición, habría que espetarles a viva voz las palabras

que, en su oportunidad, dijera Ramón y Cajal⁽⁹³⁾:

“Tengo para mí que el excesivo cariño a la tradición, el obstinado empeño en fijar la ciencia en las viejas fórmulas del pasado, cuando no denuncian invencible pereza mental, representan la bandera que cubre los intereses creados por el error” .

“De los dóciles y humildes pueden salir santos, pocas veces sabios”.

Y, si exasperados con esto, nos respondieran con exabruptos, sin confrontamiento de ideas y hasta con vituperios, nos daremos la vuelta y, al más puro estilo quijotesco de Cervantes comentaremos, esta vez en voz baja:

“Ladran Sancho, señal que avanzamos”. 卟

(93) RAMON Y CAJAL, Santiago. *Los Tónicos de la Voluntad*. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1945. p.50.