

INTERPONE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CASACIÓN en Expte. B - 85235/02 "ORDINARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: MALLAGRAY Y OTRA c/ JUJUY.COM Y OTROS".

Excmo. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

SERGIO ARAMAYO, D.N.I. N° 23.581.941, con domicilio real en calle Salta N° 1056 de esta ciudad, con patrocinio letrado del Dr. **DANTE OSCAR RIVAS MOLINA (h)**, constituyendo domicilio a los efectos procesal juntamente con el letrado en calle Independencia N° 262 1° "A" de esta ciudad (casillero de notificaciones 465) a V.E. me presento y digo:

I. OBJETO

Que en tiempo y forma vengo por el presente a interponer **RECURSO DE CASACIÓN E INCONSTITUCIONALIDAD** (Ley 4346 modif. 4848) en contra de la sentencia dictada por la Cámara en lo Civil y Comercial Sala I en fecha 30 de junio de 2004 y su aclaratoria de fecha 15 de julio de 2004 en los autos B - 85235/02 "ORDINARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: MALLAGRAY y OTRA c/ JUJUY.COM y otros", por cuanto la misma resulta agravante a mi parte violando Derechos de raigambre constitucional, solicitando a V.E. que REVOQUE el fallo citado, con expresa imposición de costas.

Ello en consideración a los siguientes argumentos de hecho y derecho que paso a exponer.

II. DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Que el presente es procedente por cuanto se interpone en contra de una sentencia dictada por el órgano colegiado de primera y única instancia en lo civil y comercial, que causa gravamen a esta parte.

Conforme se prueba con constancia expedida por Secretaría de la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial, se ha efectuado en tiempo y forma la MANIFESTACIÓN PREVIA (art. 9 inc 1° Ley cit) de que había de interponer el presente recurso.

Además se acompañan al presente comprobante de pago de aportes exigidos por el art. 12 Ley 4346 modif 4848 y demás pagos de Ley.

Se tendrá presente.

III. DE LOS HECHOS

Que mediante Expte. B - 85235/02 "ORDINARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: MALLAGRAY y OTRA c/ JUJUY.COM y otros, los actores promovieron acción por daños y perjuicios en contra de Jujuy.com, Jujuy Digital Omar Lozano y el suscrito, persiguiendo el resarcimiento por el

supuesto daño moral sufrido como consecuencia de supuestos mensajes contenidos en la página web www.jujuy.com .

Corrido traslado de la demanda la misma es contesta en tiempo y forma la demanda incoada por los actores en consideración (en lo que interesa a esta parte) - a la precariedad del medio de prueba que acompaña como demostrativo del supuesto daño; - a la equiparación de la responsabilidad del proveer de internet con la del editor; y - a la omisión del deber de obrar diligentemente. En honor a la brevedad doy por aquí reproducidos todos y cada uno de los argumentos vertidos en esa oportunidad, solicitando que así se tenido por V.E. .

Substanciado el proceso, el a quo dicta sentencia haciendo lugar a la demanda y consecuentemente condena a los demandado a pagar a los actores una indemnización por el (supuesto) daño moral sufrido.

En contra de dicha resolución se interpone Aclaratoria (art. 49 C.P.C) la que es rechazada con fecha 15 de julio del 2004 y notificada con fecha 4 de agosto del corriente.

Así las cosas se inaugura la presente instancia por adolecer la Sentencia atacada y su aclaratoria de irremediables defectos que conculcan derechos de orden constitucional, como v.gr. el Debido proceso.

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA ATACADA.

AGRAVIOS

1. De los supuestos Agravios sufridos

Sobre el valor agravante de las frases supuestamente alojadas en la página jujuy.com, se realiza un análisis no detallado, muy genérico, en definitiva, el Tribunal solo cita la doctrina de Henoch Aguiar.

Sobre el particular surge claramente el agravio por motivación insuficiente en la razón del fallo.

Así, si solo se dijera, como lo afirma el fallo atacado que las supuestas frases son per se agraviantes para los actores, ello constituye el agravio a mi parte ya que solo se estaría dando una motivación insuficiente al decisorio, razón que la hace arbitraria y consecuentemente inconstitucional, por lo que solicito se revoque la sentencia atacada.

2. Factor de atribución de responsabilidad- equiparación con el editor

En el paso siguiente es donde encontramos una causal de errónea aplicación de la ley, violación del principio de la sana crítica racional (que es obligatoria en toda resolución judicial), que, en definitiva, termina vulnerando derechos y garantías constitucionales, como los de defensa y propiedad, produciendo una sentencia arbitraria.

La sentencia dice lo siguiente:

Así las cosas, resulta oportuno recordar que el servidor de Internet, es quien técnicamente ofrece al usuario la posibilidad de acceso a Internet. El servidor solo posee el completo control del contenido de los datos cuando el mismo actúa como creador de los contenidos, por ejemplo cuando crea su propia página WWW. El paralelismo con la problemática de los delitos cometidos por medio de la prensa escrita u oral, por televisión, etc., es evidente. Aquí también existe, por lo menos, un autor de la opinión o del mensaje y un editor o difusor". Pero para afirmar la responsabilidad de un servidor por la difusión de contenidos penalmente ilícitos, debe probarse una conducta positiva, que participó activamente de otro (colaboró en la conformación de contenido) o que omitió hacer lo que debía hacer (conociendo el carácter ilícito de los contenidos y pudiendo evitar difusión, no lo hizo). En el caso de autos al ingresar a la página WEB de JUJUY. COM se observa un leyenda que reza: "Pedimos moderación en las expresiones vertidas ya que no es nuestra política censurar ningún mensaje, pero si su contenido es inconvenientes para otras personas que visiten esta sección nos veremos obligados a borrarlos. MUCHAS GRACIAS"(v. F. 20). Ello delata la omisión incurrida, toda vez que los mensajes no fueron retirados hasta la recepción de la C. D. que luce a fs.4. Por lo tanto acreditado el hecho ilícito, la responsabilidad de los accionados resulta incuestionable, a mérito de lo dispuesto por el art. 1113, 2da. parte, 2 párrafo del Código Civil, toda vez que se determina la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, o, como sostienen algunos juristas, la responsabilidad por la actividad riesgosa de la empresa.

Respecto de esta argumentación cabe destacar lo siguiente:

a. Errónea equiparación del servidor de Internet con el editor

El a quo plantea una analogía ("paralelismo" dice) entre "la problemática de los delitos cometidos por medio de la prensa escrita u oral, por televisión, etc." y la problemática de los delitos cometidos mediante Internet. Afirma, categóricamente, que ese paralelismo "es evidente" y agrega: "aquí también existe, por lo menos, un autor de la opinión o del mensaje y un editor o difusor".

En el caso planteado, el autor de la opinión o mensaje sería la persona que ha firmado con el seudónimo "Gatopardo", y el editor o difusor el sitio "Jujuy digital y/o Jujuy.com", en la persona de su administrador y/o titular, demandados en el caso de marras.

Pero, en rigor de verdad, ¿puede trazarse semejante paralelismo?, ¿es análoga la situación del editor o difusor a la del servidor de Internet?.

Cabe responder que, conforme surge de especializada doctrina y jurisprudencia en el tema, que se acompaña *infra*, de ninguna

manera puede asimilarse la situación del servidor de Internet a la del editor o difusor de opiniones o mensajes, que emplea los tradicionales mecanismos de comunicación.

Hacerlo, tal como lo hace la sentencia del a quo, implica, a estas alturas, un inadmisibles desconocimiento de la naturaleza de Internet y de la revolución que ha significado, y cuyas implicaciones a nivel filosófico, social, político, económico y, por supuesto, jurídico recién estamos empezando a ver.

Como dice Horacio M. Lynch: "El mundo asiste a un fenomenal cambio en lo que se ha dado en llamar la Era de la Información, o la Era Digital, provocada por la denominada Revolución Digital, respecto de la cual prestigiosos pensadores y economistas afirman que producirá en el mundo efectos sociales y económicos más trascendentes que Revolución Industrial, con modalidades singulares: *"...Esa nueva economía tiene tres características específicas: es global, apoya lo intangible -las ideas, la información y las relaciones- y está intensamente interconectada. Estos tres atributos generan un nuevo tipo de mercado y de sociedad, que tiene sus orígenes en redes electrónicas que están presentes en todas partes..."* (Kevin Kelly, Nuevas reglas para la economía, ed. Granica, 1999, Barcelona, pág. 20)".

Internet presenta caracteres que ningún otro fenómeno en la historia de la humanidad ha presentado. Verdaderamente ha revolucionado el mundo de las comunicaciones, pero lo ha revolucionado de manera tal que se han visto trastocados todos los parámetros con los que se rige la sociedad. En términos del reconocido historiador de la ciencia T. S. Khun, Internet implica un cambio de paradigma en las relaciones sociales y, por ende, en las relaciones jurídicas y en las normas que regulan estas últimas.

"Internet es una Red de Redes. Si intentáramos dibujarla seguramente la presentaríamos con un formato distribuido, reticular, de incontables nodos interrelacionados. Sin centro, como es de su propia naturaleza. Es globalmente accesible y sus mecanismos y protocolos son universales... Es espacio virtual sin ubicación ni ley" (Ramón Gerónimo Brenna).

"Es el tema del momento en el mundo. Se discute sobre la naturaleza de Internet, y las opiniones difieren notablemente, si es un simple instrumento, si es un medio de comunicación, o de información, o si es un simple estado mental. Para algunos, Internet es un mero instrumento (Gregorio KLIMOSKY, LA NACION, Buenos Aires, 6 Ago 00). Otros se plantean "si debemos considerar si el ciberespacio es un lugar, un estado de la mente, o un medio de comunicación". Otros dicen que es una red de datos; otros, "una expansión del espacio social de las relaciones" (Horacio M. Lynch).

¿Cómo aplicar entonces las normas del viejo derecho civil a una situación radicalmente distinta a la que ese cuerpo normativo

regula?

“En síntesis -concluye este autor-, Internet:

- Origina un nuevo Derecho, el Derecho de Internet
- Cambia la vida del hombre y, por ende, impacta en el Derecho.
- Cambia al mismo Derecho,
 - Cambia a los operadores del Derecho”.
 -

Y esto es lo que hace inaplicables las categorías tradicionales a este nuevo fenómeno y lo que ha llevado a concluir, a juristas y magistrados que se han ocupado del tema o que han tenido que resolver casos verdaderamente análogos al que es objeto de es juicio, que los servidores de Internet, y los administradores y/o titulares de sitios o páginas web, no pueden ser responsabilizados por los ilícitos cometidos por terceros a través de mensajes u opiniones vertidas en ellos.

En efecto, ¿cómo hacer para controlar el contenido de esos mensajes u opiniones?, ¿ha de censurárselos previamente?, pero, en ese caso, ¿seguirá Internet siendo lo que es o, en nombre de inveterados principios jurídicos, consagrados tiempo ha y para regular fenómenos totalmente distintos, habremos cambiado la naturaleza de esta revolucionaria tecnología?

b. No ha habido un obrar negligente

El a quo afirma que *“para afirmar la responsabilidad de un servidor por la difusión de contenidos penalmente ilícitos, debe probarse una conducta positiva, que participó activamente de otro (colaboró en la conformación de contenido) o que omitió hacer lo que debía hacer (conociendo el carácter ilícito de los contenidos y pudiendo evitar difusión, no lo hizo)”*. E, inmediatamente después, agrega: *“Ello delata la omisión incurrida, toda vez que los mensajes no fueron retirados hasta la recepción de la C. D. que luce a fs.4”*.

Traemos a colación lo argumentado sobre el tema por la parte demandante en el escrito de demanda:

En el caso de Internet (uno de los medios masivos de comunicación), los titulares de una página abierta al público, deberán (si es que quieren eximirse de responsabilidad por los mensajes injuriosos que introduzcan en la Red): a) Evitar dentro de lo posible y actuando en forma preventiva (por medio de una función llamada filtro) que no se introduzcan mensajes injuriosos ha (sic!) terceros; b) Deberán a su vez, tomar los recaudos necesarios para poder conocer quiénes son los autores de esos mensajes... y c) por último, deberán controlar en

forma permanente que los mensajes introducidos en su página, no sean injuriosos frente a terceros, eliminándolos cuando ello ocurra (V. E. coincidirá con nosotros que un control razonable de los mensajes incorporados a la Red, nunca puede exceder de una semana).

El a quo condenó a los demandados por no retirar los mensajes hasta la recepción de la Carta Documento. Nos preguntamos: ¿a partir de cuándo surgió para los demandados la obligación de retirar los mensajes?

A nuestro entender, no cabe la menor duda de que dicha acción, eximente de responsabilidad según los propios dichos de la actora y el a quo, se vuelve obligatoria solamente a partir de la recepción de la Carta Documento, puesto que antes de ella no hay manera alguna de que los demandados pudieran saber que esos mensajes eran realmente injuriosos. ¿Y si habían sido puestos *animo iocandi*?, ¿y si habían sido puestos por la propia “agraviada”? ¿y si la supuesta víctima no existía, era un nombre inventado? ¿Igualmente debió haberlos sacado?

Ahora bien, si la obligación surgió recién a partir de la recepción de la Carta Documento, está claro, entonces, que los demandados no obraron negligentemente, pues, como dice la sentencia, los mensajes fueron retirados una vez recibida la intimación, es decir, dentro de la semana de la que habla la actora para que la acción sea considerada razonable.

c. Errónea atribución del factor de responsabilidad

El Tribunal trata el factor de atribución (culpa subjetiva), saltando abruptamente a fundamentar la teoría de la COSA RIESGOSA (responsabilidad por la actividad riesgosa de la empresa), sin explicar porqué es riesgoso, es decir, ES FUNDAMENTACIÓN APARENTE (FERREYRA DE DE LA RUA, Angelina y GONZALEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina.- “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba Ley 8465.- Comentado y concordado con los Códigos de la Nación y Provinciales” Tomo II, Pagina 687, Ediciones La Ley Año 2002).

Es decir que para la atribución de responsabilidad el aquo comienza, tratando de justificar su fallo (lo que desde ya negamos) adoptando la teoría de la culpa subjetivo, pero al arribar a la conclusión - o lo que debería ser la conclusión - termina “justificando” la responsabilidad en una teoría objetiva como lo es el de la cosa riesgosa. No expresa porque la cosa es riesgosa, sino que simplemente lo afirma sin explicitar los motivos o fundamentos por los cuales llega a esa conclusión, por lo que al momento de atribuirle responsabilidad de los demandados FUNDAMENTA solo APARENTEMENTE su decisión, lo que convierte a la sentencia atacada en verdaderamente arbitraria y consecuentemente es inconstitucional

Más curioso y agravante aún resulta que el Tribunal comienza tratando el factor de atribución, pero no concluye el razonamiento de una manera lógica, ni obtiene conclusión alguna siguiendo esa doctrina, sino que abruptamente y QUEBRANTANDO los principios de la sana crítica, invoca el artículo del Código Civil 1113, 2ª parte, 2º párrafo, y aplica

responsabilidad por el riesgo de la cosa.

Resulta evidente entonces el agravio que contiene la sentencia atacada (manifestada principalmente en su arbitrariedad) por lo que se solicita se REVOQUE la misma en todas sus partes, con costas.

3. De las condiciones consideradas para la fijación de la condena

Otro aspecto a considerar y constituye un agravio a esta parte es el hecho de que el a quo, al momento de determinar la responsabilidad de la parte demandada, y específicamente cuando determina la cuantía de la reparación, no efectúa un razonamiento ordenado y realmente justificativo de sus conclusiones.

Ello es así por cuanto solo afirma que en el caso llevado a su conocimiento es de difícil apreciación el daño moral, pero a renglón seguido determina el monto indemnizatorio sin justificar tamaño monto dinerario apartándose así de principios rectores en materia de daños.

Tampoco tiene en cuenta la “fortuna” de los condenados, hecho este que conculca ya no solo las reglas obligatorias impuestas por el debido proceso sino también y directamente mi derecho de propiedad. Teniendo en cuenta que debe tenerse en cuenta el estado patrimonial de quien resulte condenado a pagar una suma de dinero el proceder del a quo es evidentemente arbitrario razón por la cual se solicita también se REVOQUE la sentencia atacada, con costas.

4. CONCLUSIÓN

Entendemos que este modo de proceder resulta lo suficientemente violatorio de las normas que debe respetar el juzgador, autorizando la vía recursiva tentada por cuanto la sentencia viola y desconoce la ley o la doctrina legal y Contiene disposiciones contradictorias (art 235 incs. 1° “Violare o desconociere la ley o la doctrina legal” y 4° “Contuviere disposiciones contradictorias” C.P.C.) conculcándose de tal manera las garantías constitucionales de debido proceso y defensa en juicio, los que repercuten directamente en el sobre derecho de propiedad de mi parte.

INTERNET

V. DOCTRINA MAYORITARIA IMPERANTE SOBRE

ACCESO

1. OPERADORES DE REDES Y PROVEEDORES DE

Los operadores de redes y proveedores de acceso al servicio de alojamiento y provisión de datos, en principio y como prevalece en las tendencias jurisprudenciales y autorales, no asumen responsabilidad por los contenidos de la información que sólo transmiten técnicamente. De este

modo se pronuncian también las incipientes legislaciones estatales.

La función de las empresas de Acces Service Providers (A.S.P. o I.S.P.) es brindar el ingreso al ciberespacio, por lo que -en la medida en que no coexistan con otras funciones como vgr. prestador del servicio- carecen de vinculación con el contenido de la información que transfieren desde la computadora personal al provider, información sobre la que carecen de facultades fácticas y jurídicas de control.

Tanús equipara a los prestatarios de servicios de acceso a Internet con los servicios telefónicos -siguiendo cierta doctrina estadounidense- "en cuanto meros facilitadores técnicos de la comunicación" (**Tanús, Gustavo D.**, "La responsabilidad de los proveedores de acceso a Internet"; ver **Waldo A. Sobrino**, "Argentina: responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios de Internet", <http://publicaciones.derecho.org/red>; **Martínez Medrano, Gabriel**, "La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información"; **Tanús, Gustavo D.**, "La responsabilidad de los proveedores de acceso a Internet").

"No serán responsables por los datos transmitidos a menos que: hayan originado o modificado ellos mismos los datos o hayan seleccionado a éstos o a sus destinatarios". Se completa este principio de la irresponsabilidad precisando que las actividades de transmisión y concesión de acceso "engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que ese almacenamiento sirva sólo para ejecutar la transmisión y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario" para la misma (Directiva 2000/31CE. del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8/6/2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) en www.aui.es <<http://www.aui.es>>).

Empero y luego de predeterminados esos requisitos, se admite que cada Estado Miembro establezca la vía administrativa o judicial para que el "prestador" de servicios ponga fin a una infracción o la impida".

En Italia "el suministro de prestaciones técnicas sin conocimiento del contenido no genera presunción de responsabilidad del autor que proveyó tales prestaciones" (Bozza TC6.1 (difusa del Ministero delle poste e telecomunicazioni il 22 maggio 1997) Codice di autoregolamentazione per i servizi in internet, <http://www.interlec.com/testi/cod65bis.htm> (Internet.Fonti Normative e documenti)).

i. Responsabilidad del proveedor de servicios

A. Italia

En la causa "Banca del Salento", en julio de 1998, se decidió por un tribunal de Roma el caso siguiente: en un grupo de discusión, sin moderador, Sandro Restaino introdujo una comunicación difamatoria contra el referido banco, quien demandó al autor directo y a la sociedad prestataria del servicio "Pantheon S.R.L.", cuyo representante era Darío Centofanti.

La sentencia fue absolutoria y señaló:

-el newserve no es titular del sitio, o sea de un espacio en la red, sino que pone a disposición de los usuarios un ámbito virtual destinado a enviar y recibir mensajes de quienes desean contribuir a la discusión de temas específicos;

-no media legitimación pasiva del provider porque sólo facilita a los usuarios virtuales un área de discusión, de un grupo sin moderador, sobre el que "no tiene poder de control ni vigilancia sobre los mensajes que se incorporan en él";(Revista "Il diritto dele' informazione e dell' informatica", 1998, ps. 807/817, Tribunal di Roma, 4 luglio 1998, "Banca del Salento").

B. Holanda

En Holanda la Corte de Distrito de La Haya decidió que el proveedor de servicio carece del deber de control sobre el contenido de la información. Empero, la responsabilidad puede imputarse en caso de que la publicación sea claramente ilegal y el I.S.P. deba tener conocimiento del acto (**Martínez Medrano, Gabriel**, "Argentina: Propiedad Intelectual en Internet. Aspectos del derecho de autor en el ciberespacio. Responsabilidad de los proveedores de Internet por infracciones al derecho de autor cometidos por usuarios" en [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 24 -julio de 2000-](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.24-julio-de-2000-)).

En este caso que nos ocupa, el suscrito no tenía ningún deber de control sobre el contenido.

Es más, de acuerdo a la propia manifestación del perito Auxiliar del Departamento de Informática, Mario Ariel Gómez Campos, **NO ES POSIBLE EFECTUAR UN CONTROL EN FORMA AUTOMÁTICA, QUE PARA PODER CONTROLAR DEBERÍA SER EN FORMA MANUAL.**

El Proveedor no está obligado a ejercer tal control, por lo que no puede ser responsable de los contenidos que se expongan en la página que administra.

C. Inglaterra

El precedente arquetípico es "Godfrey v. Demond Internet

Ltd.", donde se determinó la responsabilidad de la empresa demandada, puesto que un impostor, utilizando el nombre del Sr. Laurence Godfrey, remitía correos absolutamente inapropiados (con contenidos obscenos y difamatorios) a un newsgroup que la empresa ofrecía a sus clientes, para opinar sobre temas de interés relacionados con Tailandia. Al enterarse de ello, el Sr. Godfrey inmediatamente notificó a Demond Internet Ltd. (para que borrara dichos mensajes del Boletín), pero ésta no adoptó ninguna medida con relación a los mentados correos.

Como consecuencia de ello, al no haber procedido diligentemente, se condenó a la demandada, dado que la Corte determinó que el hosting service provider no puede eximirse de responsabilidad después de haber sido fehacientemente notificado de la existencia de mensajes difamatorios en su servidor (**Sobrino, Waldo A.**, "Argentina: responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios de Internet", cit.; file:///C:/windows/favoritos/4.html; Hance, Olivier, "Leyes y negocios en Internet", cit. p. 212).

La decisión judicial causó preocupación en las empresas por el temor a la catarata de pleitos y, pese a su omisión de retirar la publicación dañina, un representante del service se preguntaba públicamente: "Si alguien lo insulta en una taberna, ¿demandaría usted al dueño de la taberna por alojar el comentario difamatorio?" (**Aquino, John T.**, "British Court Concludes I.S.P.s Liable for Bulletin Board Posting, US. Companies and residents could be sued in Great Britain for injuries there", www.lawnewsnetwork.com/stories/A20742-2000Apr6.html <<http://www.lawnewsnetwork.com/stories/A20742-2000Apr6.html>>).

Pero en nuestro caso es imposible condena alguna, por cuanto ha quedado acreditado en autos la inmediata diligencia del Administrador para hacer desaparecer los mensajes que solicitó el actor.

En efecto. La condena referida, tenía como presupuesto fáctico excluyente la inapropiada conducta del demandado al no retirar los mensajes una vez intimado a hacerlo. Esto implica que con exactamente el mismo criterio. La conducta contraria (el retiro de los comentarios infamantes) implicaba la eximición completa de responsabilidad para quien no había tenido la posibilidad fáctica de controlar la introducción de los mismos.

2. SOBRE LA NATURALEZA DE INTERNET

Citando a Esteban Sandoval Luque, el Tribunal "cosifica" a Internet, y por ser cosa (2311 C.C.) le aplica el régimen de responsabilidad previsto por el art. 1113 C.C.

La doctrina utilizada por el Tribunal para abonar la posición que sustenta su sentencia ES INAPLICABLE al caso sub iudice por varios motivos:

1) En primer lugar, la fecha de la publicación elegida hace que los comentarios daten de épocas en las que internet estaba apenas en sus albores. Por entonces se desconocía, su alcance e importancia, por lo que los términos del artículo citado son meramente conjeturales.

2) Tan inadecuada al caso es la cita, que la doctrina invocada no ha tenido recepción en ningún fallo de la Argentina hasta el momento.

3) Ninguna doctrina posterior ha igualado, ni pretendido igualar la informática con la electricidad.

4) Desde el punto de vista técnico la equiparación efectuada es inexacta, inadecuada y completamente fuera de la realidad.

5) Si fueran equiparables y por eso la página web fuera una cosa riesgosa, el riesgo de esa cosa estaría vinculado a la posibilidad de electrocución y no de injurias.

6) El Dr. Sandoval Luque, lejos de ser especialista en derecho de Internet, es especialista en mala praxis médica.

La doctrina más calificada a nivel internacional, todavía no puede determinar sobre la naturaleza jurídica de Internet. Por ello llama la atención cuando este Tribunal ha simplificado hasta lo primitivo su tratamiento:

Concluyendo: el fallo HA “COSIFICADO” al fenómeno más complejo que ha dado la humanidad dentro de los últimos cien años, lo cual resulta inadmisibile y demuestra, PER SE, la FALTA DE MOTIVACIÓN de la sentencia atacada, lo que autoriza el presente recurso por lo solicito se REVOQUE la misma en todas sus partes, con expresa imposición de costas.

Citaremos los artículos y extractos de los autores y obras mas relevantes sobre el particular:

1. La incierta naturaleza de Internet"

Expositor: Dr. Horacio M. Lynch. Codirector del Centro de Investigaciones en Information Technology (ITCenit), de la Fundación Argentina Digital.

Conferencia dictada el día 23 de agosto de 2000.

"Se trata de analizar -a los efectos del impacto sobre el comercio electrónico- la naturaleza y características de Internet, que aparece como la gran estrella de este cambio.

Esto no es fácil. Es el tema del momento en el mundo. Se discute sobre la naturaleza de Internet, y las opiniones difieren notablemente, si es un simple instrumento, si es un medio de comunicación, o de información, o si es un simple estado mental. Para algunos, Internet es un mero instrumento (Gregorio KLIMOSKY, LA NACION, Buenos Aires, 6 Ago 00). Otros se plantean "si debemos considerar si el ciberespacio es un lugar, un estado de la mente, o un medio de comunicación". Otros dicen que es una red de datos; otros, "una expansión del espacio social de las relaciones".

2. También ha expuesto el mismo autor: Disponible en :

<http://www.educ.ar/educar/superior/eventos_en_linea/ecomder/conf5.jsp>

"Síntesis: ¿Qué es Internet y qué se deduce para el comercio electrónico?

¿Es un medio de comunicación, o un medio de información? Hasta ahora todos los estudios que se hacen, básicamente vinculados a cuestiones de jurisdicción y especialmente desde el mundo anglosajón, tratan de identificar a Internet con temas conocidos: ventas por teléfono o por catálogo, para intentar encuadrarlo en alguna categoría conocida.

Quizás tengamos que reconocer que estamos ante un nuevo medio, un nuevo espacio, una nueva situación frente a la cual no existen comparaciones o analogías posibles. Es algo nuevo y distinto, con identidad propia, naturaleza y características que no se parecen hasta lo ahora conocido. Y que, al mismo tiempo, confunde muchas cosas conocidas.

Estamos ante una red, y a pesar de que se lo repite mucho, todavía no ha sido comprendido bien. Las redes tienen sus propias características, sus propias normas, las redes no tienen centro pero la profundidad del enfoque mucho tiempo para explicarlo.

Entonces se trata de un gran desafío consistente en pensar:

(a) qué reglas rigen las relaciones en el ciberespacio, qué jurisdicción puede

actuar en el ciberespacio, cómo se resuelven los conflictos generados allí,

(b) cómo se resuelven en el mundo real los cambios y el impacto que se produce a raíz o como consecuencia de la existencia de ese 'continente' donde pasan tantas cosas importantes.

En síntesis, Internet:

- Origina un nuevo Derecho, el Derecho de Internet
- Cambia la vida del hombre y, por ende, impacta en el Derecho.
- Cambia al mismo Derecho,
- Cambia a los operadores del Derecho.

"Continúan pregonándose leyes para el pasado, para un mundo superado por la revolución tecnológica, y se interpreta y aplica el Derecho sin adaptarlos a las actuales circunstancias ... La cultura digital requiere un derecho ecuménico, en su sentido propio universal, que se extienda por todo el orbe ..." Manuel Jiménez de Praga, La Nación, Buenos Aires, 29 Jul 00)".

3. Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley"

Expositor: Dr. Ramón Gerónimo Brenna. Presidente del Comité Científico del Congreso Ecomder 2000. Profesor del programa de Actualización en Derecho Informático de la Facultad de Derecho, UBA. Coordinador y Profesor de la Maestría en Nuevas Tecnologías aplicadas a la Justicia de la Universidad Nacional de Lanús. Coordinador y Profesor Titular Extraordinario de la Maestría en Ciencia de la Legislación de las Universidades del Salvador y de Pisa.

Conferencia dictada el día 30 de agosto de 2000. Disponible en :

<http://www.educ.ar/educar/superior/eventos_en_linea/ecomder/>

"Resumiendo entonces, dada la situación de tensión entre el espacio no geográfico de Internet y las soberanías localizadas en pugna por imponer sus regulaciones, el Derecho tradicional, organizado en límites nacionales, puede resultar anticuado en un mundo organizado en Redes y Prestadores de Servicios de Internet (PSI). De este modo el concepto "sitio", minimiza su significado en este nuevo mundo de redes; "frontera" también significa poco allí.

Todo nuestro derecho tradicional ha mirado siempre hacia la geografía para funcionar pero, como vemos, "lugar", "sitio", en Internet parece significar muy poco".

INTERNET NO ES EQUIPARABLE A MEDIOS MASIVOS DE

COMUNICACIÓN, NI A LA PRENSA, ERGO TAMPOCO SE PUEDE APLICAR LA RESPONSABILIDAD EDITORIAL.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL E INTERNET: ALGUNAS APROXIMACIONES

Por JORGE M. GALDÓS

De esta obra hemos extraído las conclusiones más relevantes para la fundamentación de este análisis.

Creemos doblemente inconveniente equiparar Internet a la conditio preexistente de medios masivos de comunicación y especialmente asimilarla con la prensa escrita. Ello es fáctica y jurídicamente desaconsejable.

En primer lugar porque las características, modalidades y su naturaleza son ostensiblemente diferentes a la prensa.

En segundo lugar toda vez que lo que es jurídicamente válido para los otros medios de comunicación -con legislaciones particulares en algunos casos y muy diversificadas internacionalmente- no puede ser traspolado a Internet. Habría un doble desajuste.

La tentación de recurrir derechamente al emplazamiento jurídico más cercano para recurrir a sus reglas y principios resulta, entonces, por dos veces inapropiado. Se trataría de encapsular los vericuetos técnicos y jurídicos de la red global, en los propios de institutos parecidos -muy parecidos, si se quiere- pero en los que es más intensa la diferencia que los separa que la similitud que podría asimilarlos.

Las conclusiones de la Corte Suprema de Estados Unidos en la causa "Reno" recuerda alguno de los distingos: "Cualquier persona u organización que tenga una computadora conectada al Internet puede `publicar' información. Entre los que así lo hacen se encuentran agencias del Gobierno, instituciones educativas, empresas comerciales, grupos activistas y personas. Los editores pueden poner su material a disposición de todo el conjunto de usuarios del Internet, o limitar el acceso a un grupo selecto, como por ejemplo, al de los que desean pagar por ese privilegio". Este tipo dinámico y multifacético de comunicación no sólo comprende los tradicionales servicios impresos y periodísticos, "sino también el audio, video e imágenes fijas, y diálogos interactivos en tiempo real. El contenido es, en Internet, tan diverso como el pensamiento humano" (**Bustamante, Alsina J.**, "Teoría general de la responsabilidad civil", 1992, Ed. Abeledo-Perrot, p. 245, n. 2579 septies y en el apéndice "Responsabilidad civil por informaciones inexactas", p. 611).

El maestro Bustamante Alsina afirma que:

Información inexacta es aquella que no concuerda con la verdad y es "no verdadera" por ser:

-falsa (es decir, engañosa, fingida o simulada para dar una apariencia distinta de la realidad) o

-errónea (es el resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad).

La información falsa transmitida deliberadamente con el propósito de engañar revela dolo o mala fe y genera responsabilidad; **si la información errónea es resultado de un acto no consciente, que no se quiere, no genera responsabilidad si el error es excusable**, para lo cual se deben ponderar los cuidados y diligencia puestos para obrar cautelosamente y evitarlo. (**Bustamante, Alsina J.**, "Teoría general de la responsabilidad civil", 1992, Ed. Abeledo-Perrot, p. 245, n. 2579 septies y en el apéndice "Responsabilidad civil por informaciones inexactas", p. 611).

Evidentemente, el demandado jamás actuó deliberadamente como pretende la parte actora en autos.

No podía en forma alguna conocer el contenido de los mensajes que se colocan de manera automática en un lugar que facilita a terceros.

Aun cuando accediera a su lectura, jamás podría conocer acerca de la verosimilitud de su contenido, si el mismo era serio o se trataba de una simple broma.

No tenía ninguna obligación legal para ello.

El salto continuo "del modo de edición" al "modo de comunicación privada" hace que la red Internet sea radicalmente distinta de la transmisión tradicional y de los servicios tradicionales de telecomunicación (Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones" (COM 96-487), cit.).

4. IMPOSIBILIDAD DE ATRIBUIR RESPONSABILIDAD EDITORIAL A LOS PROVEEDORES DE INTERNET

Es muy habitual encontrar autores y ciertos fallos que, efectuando poco profundas analogías como la que autoriza la ley civil, equiparen la responsabilidad de los proveedores del servicio y del hosting con la del editor de un medio periodístico (responsabilidad editorial). Grueso error, porque ello equivaldría a hacerlo responsable a todo I.S.P. o host por el material dañino que no controló. Recordemos que no pesa sobre el titular o administrador de la página OBLIGACION LEGAL DE CONTROLAR LOS CONTENIDOS como los que son base de la demanda. Recordemos que en Estados Unidos de Norteamérica-país con mucho mayor experiencia,

antigüedad, madurez y habitualidad- trata el tema de Internet más allá de los aspectos de la mera responsabilidad. En aquel país se lo reputa equivalente a un mero distribuidor, sin obligación de intervenir, controlar o supervisar los contenidos en los contenidos. Esto es razonable, porque lo contrario (obligar a los meros proveedores de medios técnicos de comunicación) supondría consagrar la institucionalización de la censura privada.

Por supuesto que esto será así siempre que no rija la responsabilidad del editor, pero para ello debe existir el compromiso o la obligación de reconocer como editor responsable a cierta persona, lo cual no ocurre en absoluto en el supuesto sub-examine.

En el caso que nos ocupa, debe aplicarse el mismo principio de responsabilidad de las cartas de lectores, en las que los firmantes son los únicos responsables de sus ideas y expresiones y titulares de todos los derechos y obligaciones que de tal categoría se deriva.

En este caso, es evidente que quien actuó bajo el seudónimo de “Gatopardo”, es el único responsable por el carácter injurioso que se derive de las expresiones que dan motivo a la queja de los actores.

VI. LAS TENDENCIAS EN LOS DISTINTOS PAÍSES (LOS MAS AVANZADOS)

La cuestión de las responsabilidades legales de las Empresas Proveedoras de Servicios de Internet, no tiene un trato homogéneo en todos los países, sino que merced al desarrollo de la Jurisprudencia o al dictado de leyes específicas, se fueron resolviendo estos problemas de distintas maneras.

A. ESTADOS UNIDOS:

En una primera etapa, siguiendo la teoría que el Internet Service Provider era un "editor" (o 'editor primario'), se dictaron ciertos fallos jurisprudenciales, tendencia que fue superada al profundizarse cada vez más los avances sobre el tratamiento especial y diferente que debía recibir el “fenómeno comunicacional” que representa Internet.

Por ello, la jurisprudencia viró su rumbo y, como nos dice el especialista en Internet y responsabilidad Waldo Augusto Roberto Sobrino en su obra *“Las nuevas Responsabilidades legales derivadas de Internet & E-Commerce y los nuevos Seguros que amparan los riesgos”*, “según enseña Carlos Colautti, la Regla 230 del Código Federal, eximió expresamente de responsabilidad a las empresas de Internet Service provider, determinando que *“nin-gún proveedor o usuario de un servicio de computación interactivo puede ser considerado como el impresor de una información provista por un proveedor de información (information content provider) (COLAUTTI, Carlos E.; “La Libertad de Expresión y el Espacio*

Cibernético", publicado en "La Ley", 1999-E, Sección Doctrina, página 1.331 y siguientes.-)

Sin perjuicio de recordar que en la causa "Reno" la Corte norteamericana diferenció la prensa del I.S.P., se puntualiza en *"las grandes similitudes con los medios masivos -radio, televisión, periódicos- lo que no quita que en el caso particular de los I.S.P., dicha responsabilidad se podría encontrar atenuada -en comparación con los criterios aplicables a otros medios- por el hecho de que el control en este caso es mucho más complejo y los sujetos que difunden información son más numerosos"* (Ristuccia, Renzo y Tufarelli, Luca, "La naturaleza jurídica de Internet y la responsabilidad del proveedor" (1906.97),

<<http://www.interlex.com/regole/ristufa.htm>>.

Se citó al momento de la contestación de la demanda que:

"El proveedor de un servicio de computación interactivo que permite a los suscriptores recibir y transmitir información a través de conexiones por "MODEM" a su red informática no es responsable por el daño causado por un suscriptor que utilizó las "salas de chat" para publicar y ofrecer la venta de material pornográfico (...) pues el art. 230, 47 U.S.C. de la Ley de decencia en las comunicaciones de los Estados Unidos impide considerar al proveedor como editor o vocero de la información provista por otro proveedor de contenidos de información" (Tribunal de 1ª Instancia del 5º Distrito Judicial del Condado de Palm Beach, Florida - TCircuito5ºPalmBeach) 1997/06/26 Partes: Doe, Jane c. America Online Inc. y otro Publicación RC y S 2001 - V - 231.

"La circunstancia de que el proveer de un servicio informático interactivo se reserve el derecho de exigir o retirar ciertos contenidos de la información brindada por terceros que pone a disposición de sus suscriptores, no lo responsabiliza por el daño causado por una información injuriantes (...), cuyo creador publicó que un funcionario del gobierno ejercía violencia sobre su esposa pues el art. 230 de la ley de decencia en las comunicaciones de los Estados Unidos otorga inmunidad incluso cuando el proveedor juega un papel activo al brindar acceso al contenido preparado por terceros" (Tribunal Federal de 1ª Instancia del Distrito de Columbia fecha 1998/04/22 Partes: Blumenthal, Sydney y otra c. Drudge, Matt y otra. Publicación: RC y S 2001 - V - 235.)

B. CHILE

Carrasco Blanco se expide por la irresponsabilidad del I.S.P. por la información suministrada por terceros o por un proveedor de contenidos a un sitio web que otorga alojamiento, para "evitar la censura previa" (Carrasco Blanc, Humberto, "Chile: aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos de Internet. El caso ENTel. "en <http://publicaciones.derecho.org/redi/N.-26> .

C. ALEMANIA

En sentido análogo, se expresa el Tribunal Superior de la República Federal Alemana, al determinar que la 'libertad de expresión' es un 'derecho fundamental', expresamente garantizado por el Art. 5.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Ver: Tribunal Superior de la República Federal Alemana, en los autos "HOECHST AG vs. GREENPEACE", publicado en "Jurisprudencia Argentina", de fecha 16 de Agosto de 1995, con nota de la Dra. María Angela Gelli).

VII. DOCTRINA NACIONAL

Lorenzetti, en clasificación que incluye a los proveedores de acceso, sintetiza las diferentes posturas del modo siguiente:

- a) La posición más difundida es que los proveedores de acceso son meros intermediarios y equiparables al titular de una tarjeta de crédito o de una línea telefónica, que proveen, pero no responden por los hechos de quienes los utilizan. La calificación del hosting se asimilaría a una "locación", siendo que el proveedor concede el uso y goce de un sitio virtual contra el pago de un precio, con lo cual no asume ninguna responsabilidad frente a los terceros. Es la posición predominante en Estados Unidos.
- b) Una segunda tesis considera que este proveedor no suministra el uso y goce, sino que, además, es el organizador y creador de un sitio, protegido por derechos autorales, y por ello su posición jurídica no es pasiva, sino activa.
- c) Una tesis intermedia que se abre camino y pareciera razonable, -afirma este autor- es que, como regla, no es responsable, pero puede ser imputado si tuvo oportunidad de valorar la ilegalidad del contenido de la información o su dañosidad para terceros (**Lorenzetti, Ricardo L.**, "Comercio electrónico y defensa del consumidor", LL del 18/7/2000, p. 1; ver "Responsabilidad por contenidos difundidos en Internet", <<http://www.legalweb.com.ar/publicaciones/Responsabilidad%20por%20contenidos%20difundidos%20en%20Internet.html>>).

Villate plantea que considera "a todas luces, improcedente y abusivo, establecer algún tipo de responsabilidad de impresores y distribuidores por los contenidos de lo que distribuyen". Agrega, analizando la legislación española, que debe asimilarse al proveedor con el editor, "hay proveedores que han tomado decisiones que podrían calificarse de editoriales. Creo -añade- que cabe enjuiciar la supresión de determinadas páginas web por sus contenidos y/o el establecimiento de "normas de uso" que excluyen contenidos específicos. Desde ese momento, el proveedor está actuando como un editor, al menos en una cierta medida. Y, en consecuencia, debiera afrontar las responsabilidades que de ello se derivaran". Luego añade que, vgr., el autor de una carta de lectores ejerce

funciones editoriales y postula la responsabilidad del usuario que carga material ilícito en la red y la exención de los operadores que simplemente la transmiten. (Villate, Javier, "Censura privatizada: ¿Quiénes son los editores en Internet?", <http://publicaciones.derecho.org/redi/N._03> -Octubre de 1998/Villate 3).

En CONCLUSIÓN ya en la autorizada doctrina nacional sea abren paso las teorías de los países más avanzados respecto de internet y la (i)responsabilidad de la páginas web.

VIII. CONCLUSIÓN

En consideración a todos los argumentos vertidos supra, la sentencia atacada es a todas luces arbitraria principalmente por cuanto:

- no efectúa un análisis profundo ni fundamenta los supuestamente agravante de los supuestos mensajes injuriosos (solo fundamenta aparentemente)
- equivoca el factor de atribución de la responsabilidad por cuanto no puede equipararse el proveedor de internet con el editor, no ha habido un obrar negligente por parte del demandado y se realizó una fundamentación aparente sobre la teoría de atribución de responsabilidad.
- El fallo se aparta arbitrariamente de la doctrina y la jurisprudencia imperante, tanto a nivel internacional (de los países más desarrollados en el tema internet, "cosificando" la red de redes y atribuyendo responsabilidad al proveer de internet o página web.

**Resultado de esta manera una FALLO
ABSOLUTAMENTE ARBITRARIO y VIOLATORIO DE TODOS LOS
DERECHOS CONSTITUCIONALES amparado por la Constitución de
la Nación y de la Provincia.**

IX. PRUEBA

De mi parte ofrezco la siguiente:

1. Original de constancia de manifestación previa expedida por Secretaría de la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial.
2. Copia certificada de Sentencia de fecha 30 de junio de 2004 y su aclaratoria de fecha 15 de julio de 2004 en los autos B - 85235/02 "ORDINARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: MALLAGRAY y OTRA c/ JUJUY.COM y otros" dictada por la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial.
3. Las constancias íntegras de los autos B - 85235/02 "ORDINARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: MALLAGRAY y OTRA c/ JUJUY.COM y otros" radicados por la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial, el que se mandará agregar al presente.

X. RESERVA DEL CASO FEDERAL

Para el caso de que la sentencia dictada por V.E. sea agravante a esta parte violando a cualquier manera derecho consagrados

por la Constitución Nacional y/o Pactos internacionales, dejo formulada la RESERVA DEL CASO FEDERAL de conformidad a lo establecido por el art. 14 de la Ley 48.

Se tendrá presente.

XI. PETITORIO

Por lo expuesto solicito:

1. Me tenga por presentado por parte y constituido domicilio procesal, con patrocinio letrado.
2. Por Interpuesto en tiempo y forma el presente Recurso de Inconstitucionalidad en contra de la sentencia dictada por el a quo con fecha 30 de junio de 2004 y su aclaratoria de fecha 15 de julio de 2004 en los autos B - 85235/02 "ORDINARIO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: MALLAGRAY y OTRA c/ JUJUY.COM y otros" dictada por la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial.
3. Se tenga presente la RESERVA DEL CASO FEDERAL efectuada.
4. Una vez substanciado, haga lugar al presente en todas sus partes y en su consecuencia REVOQUE la sentencia atacada, con expresa imposición de costas.

ES JUSTICIA. -