

## Aplicación del daño punitivo por filtraciones de datos personales

Joaquín Gerber<sup>1</sup>[GECST]

<sup>1</sup> Grupo de Estudios de la Complejidad en la Sociedad de la Información, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de La Plata  
joaquingerber@gmail.com

**Resumen:** A raíz de la creciente cantidad de filtraciones de datos que ocurren actualmente surgen interrogantes acerca de las consecuencias que estas pueden llegar a producir. Partiendo de una caracterización de la actividad informática como actividad riesgosa, el presente trabajo indaga en la responsabilidad por daños que surge a partir de las filtraciones de información que se encuentra en bases de datos informatizadas y la oportuna aplicación del daño punitivo por fuera de la relación de consumo.

**Palabras:** Daños Punitivos, Responsabilidad Civil, Datos personales, Privacidad

### 1 Informática como actividad riesgosa

Considero necesario partir desde una concepción de la informática como actividad riesgosa a los fines de caracterizar el tipo de responsabilidad civil (subjetiva o subjetiva) aplicable. La información es una materia prima de tal sensibilidad que cuando recibe tratamiento mediante computadoras la vuelve sumamente vulnerable, al no existir actualmente un sistema informático que brinde absoluta seguridad. Los sistemas desarrollados pueden alcanzar tal complejidad al punto de convertirse en imprevisibles. Impiden asegurar la exactitud de su funcionamiento, cualquiera sea su configuración o estructura de datos. (1) En el fallo “C., E. c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro” (2) la sentencia de primera instancia condenó a los buscadores al considerarlos titulares de una herramienta o una cosa riesgosa por la que deben responder con criterio objetivo en los términos del art. 1113, segunda parte, del Código Civil, pero a su vez el magistrado señaló que podía considerarse a Internet como una actividad riesgosa comprendida en la mencionada norma. En el fallo de Cámara los jueces consideraron que la actividad que desarrollan los buscadores es una actividad riesgosa en los términos del art. 1113 del Código Civil, fundada en el riesgo de la empresa. “En efecto, se trata de una actividad económica con riesgo de producir daño y que debe analizarse desde la órbita de la responsabilidad objetiva precisamente por el riesgo que la actividad genera para terceros”. El concepto de actividad riesgosa fue incluido en el Código Civil y Comercial en el art. 1757 el cual dispone: “Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la reali-

zación de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención” La expresión “actividad riesgosa” amplía el campo de aplicación como presupuesto necesario para la configuración de la responsabilidad objetiva. Una actividad será considerada riesgosa o peligrosa cuando resulta previsible (según el curso ordinario y normal de las cosas) que de su desarrollo puede derivarse la posibilidad de ocasionar daños. (3) La actividad además puede ser riesgosa por los medios empleados cuando normalmente es inocua, pero adquiere esa cualidad porque una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han aumentado la probabilidad de riesgo. En esta postura se encuentra Bergel cuando analiza la responsabilidad derivada de la gestión de banco de datos (4) *“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)”*,

## 2 Daño punitivo

El término “daños punitivos” proviene de la traducción literal de “punitive damages”, una figura del Common Law anglosajón. Es importante aclarar que “damages” en los sistemas de Common Law no indica el “daño” sufrido por la víctima de un ilícito, sino la prestación pecuniaria con que el autor del ilícito está obligado hacia su víctima. Molina Sandoval ha dicho que el daño punitivo constituye una prestación dineraria o de otra naturaleza que el tribunal ordena pagar a la víctima de un acto o hecho antijurídico teniendo como base elementos tales como los beneficios obtenidos por el dañador, el dolo, lo repugnante de la conducta, y otras circunstancias de la conducta, valoradas en el caso concreto, cuya finalidad es sancionatoria y preventiva. (5). Para Trigo Represas y López Mesa los daños punitivos constituyen un “plus” de indemnización que se concede al perjudicado y que excede del que le corresponde según la naturaleza y alcance de los daños. (6) En la legislación argentina lo encontramos receptado dentro de la Ley de Defensa del Consumidor, en el art. 52 bis, el cual sostiene que: “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

El Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, incorporaba en su artículo 1714 la figura de las “sanciones pecuniarias disuasivas”, para regir así en todas las relaciones del derecho privado. Dicha norma establecía en el Anteproyecto que “El juez tiene atribuciones para aplicar a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio ha-

cia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender sus derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas” (7). Este artículo no fue incluido dentro del Código Civil y Comercial, pero vale la pena destacar que la punición es mencionada por el art. 1714, que dispone: “Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”. Además, expresa el art. 1715: “Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”. De la lectura conjunta de los arts. 1714 y 1715 se puede interpretar que el juez tiene atribuciones suficientes para alcanzar la razonabilidad de la pena, ya sea incrementándola, atenuándola, o bien dejándola sin efecto. Y hasta, incluso, imponiéndola directamente con estricta sujeción a las circunstancias del caso. Se debe estar atento a que, a diferencia de lo que ocurre con el art. 52 bis de la ley 24.240 el juez puede actuar de oficio.

### **3 Vulneración de la privacidad**

El daño que surge a partir de las brechas de seguridad, sobreviene principalmente a partir de la violación de la privacidad de las personas. Se trata de un campo donde cobran mayor relevancia los bancos de datos, en razón de la magnitud de los riesgos que implica su empleo, con motivo de la amplia proyección de la información que los caracteriza y la vulnerabilidad a la que quedan sujetos. Por el carácter reservado de la información almacenada en los bancos de datos, existen grandes riesgos para el individuo como consecuencia de difusión de esa información, su uso indebido, e incluso una intromisión que pueda llegar a implicar la vigilancia y control sobre la persona. Diversos aspectos de la vida privada, como aquellos atinentes a rasgos físicos o psíquicos de la persona (deformaciones, enfermedades infecto-contagiosas, uso de drogas, etc.), o a sus ideas políticas o sindicales, relaciones familiares, creencias religiosas, etc., deben quedar sujetos a una protección especialmente importante. Cabe recordar que la intimidad es un derecho intrínsecamente ligado a la dignidad, y parte de su ejercicio consiste en controlar el uso de la información sobre uno. Actualmente, el CCyC consagra a través de su art. 52 el derecho de toda persona a reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos por afectaciones a su “intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad” o cualquier otro menoscabo a su “dignidad personal”.

La Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales tiene por finalidad la protección integral de cualquier tipo de datos referidos a personas físicas o jurídicas, determinadas o determinables, que se encuentren asentados en archivos, registros, bases, bancos de datos, etc, para garantizar el derecho al honor, intimidad y dignidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de

conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. La ley 25.326 menciona en su art. 31 que los responsables de bases de datos están sujetos a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la inobservancia de sus disposiciones, empero no está consagrado en forma expresa el derecho de los titulares a solicitar una indemnización.

#### 4 Diferencia entre daño punitivo y sanción administrativa

La Ley de Protección de Datos Personales incorpora sanciones administrativas en su art. 31<sup>1</sup>. Estas multas tienen una finalidad disuasiva y a la vez poseen un carácter recaudatorio en tanto que el monto de la multa no tiene como destinatario a quien sufrió la vulneración. Por lo tanto, estamos hablando de dos conceptos que, aunque tengan similitudes en cuanto a su finalidad, son diferentes en cuanto a sus elementos y requisitos. La aplicación del daño punitivo procede en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave, por la obtención de un enriquecimiento ilícito y, también, y por un abuso de posición de poder cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. (8)

### 5 Legitimación

#### 5.1 Activa

Se entiende que ante una brecha de seguridad el damnificado es aquel que ve su información personal divulgada, pero por las circunstancias del hecho es muy poco factible que exista una sola víctima. Si bien cuando se habla de intimidad y privacidad se los entiende como aspectos ligados a la personalidad de los individuos esto no obstaculiza que, cuando una empresa u organismo no ejerce un cuidado razonable para proteger la información, los afectados puedan unirse y presentar una demanda colectiva. El carácter de personalísimo del derecho afectado no es impedimento para su tutela colectiva.

En la causa "Cañadas Pérez, María Dolores c/BankBoston NA s/Daños y Perjuicios" (Sentencia de fecha 18.11.2009; Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil), el Tribunal, aunque no admitió la aplicación de daños punitivos, sí se pronunció sobre la posibilidad de la procedencia de los daños punitivos por la difusión de datos: "*Resulta oportuno recordar que el derecho a la protección de datos fue*

<sup>1</sup> Art 31 "1. Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que correspondan en los casos de responsables o usuarios de bancos de datos públicos; de la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la inobservancia de la presente ley, y de las sanciones penales que correspondan, el organismo de control podrá aplicar las sanciones de apercibimiento, suspensión, multa de mil pesos (\$ 1.000.-) a cien mil pesos (\$ 100.000.-), clausura o cancelación del archivo, registro o banco de datos. 2. La reglamentación determinará las condiciones y procedimientos para la aplicación de las sanciones previstas, las que deberán graduarse en relación a la gravedad y extensión de la violación y de los perjuicios derivados de la infracción, garantizando el principio del debido proceso."

*gradualmente adquiriendo el reconocimiento individual de carácter personalísimo, tanto en la doctrina, como en la legislación. El núcleo del tema es la libertad del individuo frente al procesamiento de datos, es decir, la protección de la persona contra la evolución técnica de la informática. En tal sentido, la Declaración de Derechos y Libertades fundamentales de 1989, aprobada por el Parlamento Europeo, reconoce a las personas el derecho a la intimidad en su art. 6 y les confiere el derecho al acceso y de rectificación de los datos que les afecten en los documentos administrativos”... “. “Los daños punitivos son una institución originaria del derecho inglés muy extendida en la práctica judicial norteamericana, en cambio, son una prácticamente desconocida en nuestro sistema de responsabilidad civil, hasta la actualidad que se encuentra contemplada en la Ley de Protección al Consumidor”. (9)*

## 5.2 Pasiva

La persona (física o jurídica) que administre bancos de datos debe tomar las medidas necesarias para asegurar la máxima protección de los datos y que sean neutralizados los riesgos que puedan crearse por un acceso indebido a estos. Además, tiene el deber de comunicar a los sujetos su inclusión en un banco de datos; de establecer mecanismos de control para la observancia de las normas protectoras de la privacidad; y la necesidad de autorización previa para la creación y explotación del banco de datos.

Siguiendo el art. 1758 del CCyC “En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.” Cuando habla de cosa riesgosa el Código se refiere se refiere a la noción de “guarda material”, la “dirección y el control” atienden a la “guarda jurídica” en el caso de la actividad riesgosa es responsable “quien obtiene provecho” de la misma. Por lo tanto el legitimado pasivo es el “dueño o el guardián” de la actividad; el titular, responsable, generador o explotador de la actividad que no siempre está asociado a la condición de propietario o de dueño de una cosa específica e individual.

A diferencia del primer párrafo donde se establece que “el dueño y guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta” el artículo no menciona un supuesto de eximición similar o análogo para el caso de la actividad riesgosa por lo que siguen los principios de la responsabilidad objetiva del art. 1722 “el responsable se libera demostrando la causa ajena”. El “no riesgo de la cosa o de la actividad” requiere la acreditación de la ausencia de relación causal pues para excluir la responsabilidad del sindicado como responsable resulta insuficiente la prueba de la conducta diligente. El ataque informático por parte de un tercero no exime de responsabilidad puesto que el administrador de la base de datos tiene la obligación de mantener un sistema seguro. Pero no existe obstáculo para la concurrencia y acumulación de la responsabilidad subjetiva del causante del daño con la objetiva del sindicado como responsable por el riesgo de la cosa o de la actividad.

## 6 Conclusiones

El manejo de información a través de computadoras es una actividad riesgosa por su naturaleza que, en el caso de concretarse en daños a usuarios, hace aplicables las reglas del sistema actual de responsabilidad civil objetiva. La actividad informática se desarrolla en una relación desigual, ya que quienes manipulan la información de terceros gozan de una posición económica privilegiada como consecuencia de la información acumulada que poseen, la cual deja de ser un instrumento para convertirse en el principal bien de su activo patrimonial poseyendo una superioridad frente a los titulares de los datos personales, víctimas de ataques y lesiones a sus derechos fundamentales. En cuanto al daño punitivo, la aplicación del mismo solo a través de la Ley de Defensa al Consumidor es insuficiente en cuanto solo aplica a las relaciones de consumo y pone límites en cuanto al monto, por lo que deviene necesaria su inclusión en el CCyC para que el daño punitivo pueda ser aplicable en relaciones fuera del consumo y específicamente contra los titulares de bases de datos informatizadas donde no haya una relación de consumo.

La vía correspondiente para exigir la reparación del daño y la consecuente aplicación del daño punitivo es el proceso judicial en sede civil, puesto que la sanción administrativa no persigue una reparación, pero se deben tener en cuenta los mayores requisitos que se exigen para su configuración. Futuras modificaciones del CCyC, la Ley de Defensa al Consumidor y la Ley de Protección de Datos Personales deben procurar que no se generen contradicciones, superposiciones o ambigüedades que perjudiquen a los titulares de los datos y la exigencia de una reparación que estos puedan hacer.

## Referencias

- 1) Gianfelici, Mario César “Responsabilidad civil emergente de la informática” Publicado en: LA LEY1987-D, 1186 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo VI, 01/01/2007, 29
- 2) Tomeo, Fernando "Modelos vs. buscadores: Google y Yahoo pierden una nueva batalla" MJ-DOC6583-AR | MJD6583
- 3) Alterini, Jorge Horacio “Código Civil y Comercial Comentado” Ed. La Ley 2da ed. La Ley. 2016
- 4) Bergel, Salvador Darío “Responsabilidad Civil derivada de la Informática”
- 5) Molina Sandoval, Carlos A, Derecho de Consumo, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 70.
- 6) Trigo Represas, Félix, López Mesa, Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil, t. 1, La Ley, 2004, p. 557.
- 7) Texto de anteproyecto consultado en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf> consultado el 21/08/2020
- 8) Fallo Martínez Pedro Eduardo c/ Gire S.A. s/ ordinario. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala/Juzgado: D Fecha: 2-ago-

- 2018 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/01/31/el-dano-punitivo-es-aplicable-cuando-la-conducta-de-quien-provoca-la-ruptura-del-contrato-va-mas-alla-del-mero-incumplimiento-contractual/d> consultado el 21/08/2020
- 9) elDial.com - AA59F6.