

Breves reflexiones sobre la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de datos personales en el Perú

Brief reflections on the civil liability deriving from the improper treatment of personal data in Peru

Jesús Hernández Peña¹

Resumen. A medida que el uso de las nuevas tecnologías aumenta, los daños acaecidos por el indebido tratamiento de datos personales son cada vez más frecuentes en nuestro país y el mundo. De este modo, resulta importante conocer cómo es que responden civilmente las empresas y personas naturales que causen este tipo de daños, en la medida que será una herramienta importante para, entre otros efectos, desincentivar la proliferación de este tipo de desmedros y asignar eficientemente el coste económico de los mismos. Para dicha finalidad, procederemos con analizar si la Ley de Protección de Datos Personales y su reglamento estipulan un régimen de responsabilidad civil especial para, posteriormente, analizar y aplicar la regulación pertinente del Código Civil.

Abstract. *As the use of new technologies increases, the damages caused by the improper personal data processing are more frequent nationwide and around the world. Therefore, it is important to know how companies and individuals causing this type of damage civilly respond, as it will be an important tool for, among other effects, discouraging the proliferation of this type of damage and efficiently determining its cost. To this end, we will analyze if the Personal Data Protection Law and its regulations state a special civil liability regime and subsequently analyze and apply the proper regulations of the Civil Code.*

Palabras claves. Responsabilidad civil; Datos personales; Tratamiento de datos personales- resarcimiento; Código Civil

Keywords. *Tort law; personal data; processing of personal data; compensation; Civil Code*

Sumario: 1. 1. Las demandas contra Tik Tok y sus repercusiones civiles. 2. ¿Qué son los datos personales? 2.1 Definición. 2.2 Fundamento constitucional de la protección de los datos personales. 3. La responsabilidad civil derivada del uso indebido de los datos personales. 3.1 El Art. 25° de la LPDP y una precisión necesaria. 3.2 ¿Responsabilidad por inexecución de obligaciones o responsabilidad extracontractual? 3.3 Elementos de la responsabilidad civil derivada del uso indebido de los datos personales”, agregando un “los” antes de “datos personales. 3.3.1 El daño. 3.3.2 El hecho generador. 3.3.3 El nexo causal. 3.3.4. Los criterios de imputación. 4. Conclusiones.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y cuenta con una especialización en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Asimismo, tiene un Diplomado en Arbitraje por la Universidad Austral de Buenos Aires y, actualmente, está cursando la Maestría en Derecho de la Empresa de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Es abogado asociado del área de competencia y arbitraje de Bueno Lercari Consultores. Ex miembro de la Asociación Civil Foro Académico

1. Las demandas contra Tik-Tok y sus repercusiones civiles

El 21 de abril del 2021, TikTok fue demandado por Anne Longfield, antigua comisionada de la infancia de Inglaterra, por haber recopilado los datos personales de más de 3.5 millones de niños sin su consentimiento². La demandante, quien representa los intereses de los menores afectados en la demanda, aseguró que ByteDance, la empresa china que administra la referida aplicación móvil, había recopilado datos relacionados al número telefónico, videos, imágenes, ubicación, datos biométricos y demás, de niños de 13 a 16 años, por lo que correspondía que se les indemnice por semejante vulneración a sus derechos³.

Dos semanas después de conocerse esta demanda, Bytedance fue nuevamente demandada por un uso indebido de datos personales. Así pues, la actriz Bev Standing reclamó que las casi 10,000 frases que había grabado para el gobierno chino, estaban siendo utilizadas sin su consentimiento en TikTok, ocasionándole un daño irreparable a su carrera y a su reputación en el mercado⁴.

Los casos anteriormente reseñados tienen un dato en común: la existencia de daños por el indebi-

do tratamiento de datos personales. En el primer caso, vemos que el daño se configura por el hecho de haber recopilado, sin consentimiento, datos personales de los menores de edad, mientras que, en el segundo, el daño no solo es inmaterial, sino que también tiene la potencialidad de generar efectos patrimoniales negativos. Todos estos daños, qué duda cabe, no sólo son sancionables administrativamente, sino que también son pasibles de ser indemnizados a la luz de las normas de responsabilidad civil.

En nuestro país, la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de los datos personales es un tema poco desarrollado pese a que la Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, LPDP) y su reglamento (RLPDP) tienen poco más de siete (7) años de vigencia. Esta situación, inferimos, puede tener relación con su reciente exigibilidad y fiscalización, así como la poca difusión de la normativa en cuestión⁵. Sin embargo, esto cambió en 2020 debido al mayor uso de las nuevas tecnologías y la digitalización del mercado, siendo que la referida autoridad ha informado que las multas impuestas en dicho periodo ascendieron a un monto total de S/ 3'564,700.00 (Tres Millones Quinientos Sesenta y Cuatro Mil Setecientos y 00/100 Soles)⁶, es decir más del 100%

2 Ver BBC (21 de 2021). *Tiktok sued for billions over use of children's data*. Recuperado el 16 de mayo de 2021 de www.bbc.com/news/technology-56815480.

3 Ver Gestión (2021). *Demandan a Tik Tok en el Reino Unido por recopilar datos personales de millones de niños*. Recuperado el 16 de mayo del 2021 de gestion.pe/mundo/tiktok-demandan-a-red-social-en-el-reino-unido-por-recopilar-datos-personales-de-millones-de-ninos-nndc-noticia/?ref=gestr

4 Ver El Confidencial (2021). *Una actriz demanda a Tik Tok por usar su voz en la app sin su consentimiento*. Recuperado 16 de mayo del 2021 de www.elconfidencial.com/tecnologia/2021-05-11/actriz-demanda-tiktok-usar-voz-sin-permiso-app_3074851/

5 Recordemos que la Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria del RLPDP les otorgó un plazo de dos (2) años a los agentes privados para que se adecuaron a las nuevas obligaciones de datos personales y suspendió la facultad sancionadora de la DGPDP por el mismo lapso de tiempo. De esta manera, la exigibilidad y fiscalización de la normativa de datos personales recién empezó a regir desde el 2015.

Si a ello le sumamos el hecho que la DGPDP inicio sus fiscalizaciones de oficio en el 2016 y se centró básicamente en empresas con alto flujo de datos personales, como los call center y las empresas de telecomunicaciones, se hace entendible porque la mayoría de peruanos no conocían sus derechos en el marco de la LPDP y su reglamento.

6 Ver Ministerio de Justicia (2021). *ANPD fiscalizó a 305 entidades, emitió más de 100 resoluciones e impuso multas por más de 3.5 millones de soles durante el 2020*. Recuperado el 16 de mayo del 2021 de: www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/324309-anpd-fiscalizo-a-305-entidades-emitio-mas-de-100-resoluciones-e-impuso-multas-por-mas-de-3-5-millones-de-soles-durante-el-2020

del monto de las multas impuestas en 2018⁷. En ese sentido, consideramos que los titulares de los datos personales indebidamente tratados no tardarán en iniciar demandas contra las empresas sancionadas a efectos de requerirles el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a su esfera jurídica.

Por lo tanto, el presente artículo está destinado a analizar cómo es que está regulada la responsabilidad civil por el uso indebido de datos personales en el Perú y cuál, consideramos, debería ser la metodología a seguir en estos casos.

2. ¿Qué son los datos personales?

Antes de ingresar al tratamiento legislativo y doctrinal de la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de datos personales, importa saber qué son los datos personales y cuál es el fundamento constitucional de su protección.

2.1. Definición

La definición legal de datos personales se encuentra en el art. 2 inc. 4 de la LPDP y esta los define como toda aquella información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable. Esta definición, a su vez, se complementa con el art. 2 inc. 4 del RLPDP, el cual establece que los datos personales pueden ser información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales o de cualquier otro tipo que concierna a la persona.

De esta manera, vemos que nuestra normativa acoge una definición amplia de datos personales, lo cual permite incluir información de toda índole, como lo son números celulares, cuentas bancarias, fotos y videos de las personas, su número de DNI y demás. Esta amplitud del concepto responde a una política pública de protección integral de los datos personales, lo cual está acorde con los principios de protección establecidos en la ONU, OCDE y demás organismos internacionales (Figari & Quiroz, 2012, p. 140).

En línea con lo anterior, nuestra normativa desarrolla los conceptos de “datos sensibles” y “datos personales relacionados a la salud” a fin de establecer reglas de tratamientos diferenciadas por su importancia y especialidad. Así pues, los datos sensibles (art. 2° inc.6 RLPDP; art. 2° inc. 4 LPDP) son aquella información relativa a las características físicas, morales, étnicas, o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos que corresponden a la esfera más íntima, ingresos económicos, convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales e información relacionada a la afiliación sindical. Por su parte, los datos relacionados a la salud (art. 2° inc. 5 RLPDP) son aquella información relacionada a la salud pasada, presente o pronosticada, física o mental, de una persona, incluyendo el grado de discapacidad y su información genética⁸.

En resumen, podemos advertir que nuestro sistema legal ha regulado un concepto amplio de datos personales, el cual hace referencia a toda información que identifique o permita identificar a su titular, los cuales pueden clasificarse en dos (2) tipos: (i) datos personales sensibles, dentro de los cuáles se encuentran los datos personales relacionados a la salud; y, (iii) datos personales

7 Ver Ministerio de Justicia (2019). *Multas por más de S/ 700 mil impuso la Autoridad Nacional de Protección de Datos del MINJUSDH durante 2018*. Recuperado el 16 de mayo del 2021 de: www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/24222-multas-por-mas-de-s-700-mil-impuso-la-autoridad-nacional-de-proteccion-de-datos-del-minjusdh-durante-2018

8 En la práctica, los datos relacionados a la salud son tratados como datos personales sensibles pese a que la normativa le da una definición particular.

en sentido estricto, los cuáles son aquella información que no puede considerarse como un dato sensible. Cada uno de estos tipos de datos personales tiene un grado de protección distinto atendiendo a su mayor, o menor, vinculación con la intimidad de los titulares. Por ejemplo, si bien el tratamiento de todos los datos personales requiere el consentimiento expreso y libre de sus titulares (art. 5° de la LPDP), el tratamiento de los datos sensibles exige un consentimiento expreso y por escrito (art. 14° del RLPDP).

Finalmente, es importante que el lector advierta que los datos personales, sin importar su tipo, se encuentran igualmente protegidos por nuestra constitución en la medida que forman parte de nuestro bloque constitucional. De allí que cualquier tratamiento indebido de datos personales es una vulneración al derecho fundamental de los titulares a su protección.

2.2. Fundamento constitucional de la protección de datos personales

La irrupción de las nuevas tecnologías en el mercado y el uso constante de datos personales hizo que el escenario internacional del comercio cambiara totalmente, lo cual también tuvo eco en la administración pública, donde los datos personales se convirtieron en un “insumo” muy importante para la implementación de políticas públicas. Sobre el particular, resulta esclarecedor lo señalado por Nelson Remolina:

“Los datos sobre las personas así como el uso de bases de datos son insumos fundamentales para casi todas las actividades. El Estado y los particulares quieren poseer dicha información para tomar e implementar decisiones de diversa naturaleza (económica, social, política, laboral, profesional, académica, financiera, comercial, tributaria, de seguridad nacional, estadísticas, etc.) Igualmente, los datos

personales representan, en algunos casos, el principal activo de empresas que se dedican a venderlos, alquilarlos, cederlos, analizarlos, relacionarlos, crear perfiles virtuales o sacar conclusiones a partir de los mismos. En otros casos, se utilizan para tomar decisiones sobre las personas o para fijar políticas públicas, económicas, de riesgo, de marketing, entre otras. (...)” (2013, p. 3).

La relevancia económica de los datos personales, por consiguiente, colocó a las personas en una posición sumamente vulnerable, en tanto se incrementaron las posibilidades de un uso y registro indiscriminado de los mismos. En palabras de Karin Castro, “(...) en el contexto del creciente desarrollo informático y tecnológico se advirtió también que el registro indiscriminado de datos personales, su interrelación y posterior transmisión descontrolada, [confería] un alto poder sobre los titulares de dichos datos, llegando a representar una nueva forma de dominio social a la que [se] ha denominado Poder Informático.” (2008, p. 261).

En virtud de lo anterior, surge la necesidad de prevenir el tratamiento indebido y desmedido de los datos personales de las personas a fin de evitar cualquier afectación a su esfera privada. De allí que, en un primer momento, el derecho a la protección de los datos personales o autodeterminación informativa fuera concebida como una faceta del derecho a la intimidad, concediéndoles a los titulares de dicho derecho la facultad de negarse al tratamiento de sus datos y, de consentirlo, solicitar toda la información necesaria respecto a los fines del referido tratamiento.

Este derecho (autodeterminación informativa) fue importado al Perú y plasmado en el art. 2° núm. 6 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho a:

(...) 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. (...)”

Como vemos, ya desde 1993 se reconocía el derecho de las personas a impedir que, a través de medios informáticos o computarizados, se suministre, registre o trate, sin consentimiento, información personal suya que afecte su intimidad personal o familiar. Esto en la medida que la naturaleza de dicha información estaba íntimamente vinculada con la personalidad de los ciudadanos. Esta inclusión es de resaltar en opinión de Francisco Eguiguren, ya que fue “(...) [u]na de las escasas novedades positivas que introdujo la Constitución de 1993 en materia de derechos fundamentales, ya que su orientación general en este campo fue más bien regresiva (...)” (2015, p. 132).

Posteriormente, en 2004, la promulgación del Código Procesal Constitucional reforzó la protección constitucional del derecho fundamental a la protección de los datos personales, siendo que en el art. 61º de dicho cuerpo normativo se estableció la garantía constitucional que protegería al referido derecho y, a su vez, desarrolló nuevos alcances del mismo:

Artículo 61.- Derechos protegidos

El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

(...)2) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados

o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

El texto citado nos muestra cómo el legislador desarrolló el derecho fundamental a la autodeterminación informativa y reconoció expresamente que las personas podían conocer, actualizar, incluir, suprimir o rectificar la información o datos personales que se encuentren almacenados en la base de datos de terceros. Según la doctrina, éste sería el primer reconocimiento de los derechos ARCO⁹ en nuestro país.

Finalmente, la práctica jurisprudencial y la doctrina hicieron que el derecho a la autodeterminación informativa o protección de datos personales sea considerado como un derecho individual y autónomo al derecho a la intimidad (del cual inicialmente provenía). Esta diferencia fue reconocida en la STC N° 1997- 2002-HD/TC, en cuyo fundamento 3 se determinó lo siguiente:

“El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2º de la Constitución es denominado por la doctrina derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. **Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar reconocido, a su vez,**

⁹ Los derechos “ARCO” son derechos que otorga la misma LPDP a los titulares de los datos personales, los cuáles consisten en los siguientes: (i) Actualización y acceso de datos personales (art. 19º); (ii) Rectificación de datos personales (art. 20º); (iii) Control de datos personales (art. 20º); y, (iv) Oposición (art. 22º).

por el inciso 7) del mismo artículo 2º de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel (derecho a la autodeterminación informativa) garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen. [el resaltado es nuestro]

El reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa como derecho autónomo no significa que aquél ya no tenga ninguna relación con el derecho a la intimidad personal. Y es que, como lo señala Nelson Remolina, no debe perderse de vista que el derecho a la protección de datos personales tiene una vocación primigenia de tutelar la privacidad, más este objetivo ya no es el único que persigue dicho derecho (2013, p.35). Por lo tanto, y conforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada, este derecho se avoca a proteger los poderes jurídicos que tienen los individuos para controlar la forma en que se tratan, registran, preservan y utilizan sus datos personales íntimos y de cualquier otra naturaleza.

Con todo, vemos que el derecho a la protección de los datos personales es un derecho fundamental autónomo reconocido en nuestra Constitución Política, lo que genera que su observación sea obligatoria para todas las entidades públicas y/o privadas. Por ello, el ordenamiento jurídico tutela este derecho a través de dos (2) grandes tutelas: la tutela administrativa sancionatoria (LPDP y el RLPDP) y la tutela resarcitoria (responsabilidad civil). A continuación, nos enfocaremos en ésta última tutela.

3. La responsabilidad civil derivada del uso indebido de los datos personales

La responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de los datos personales no tiene una regulación especial en la LPDP ni su reglamento, por lo que corresponde aplicar las normas generales del Código Civil sobre el particular. En efecto, el art. 25º de la LPDP es la única norma que se pronuncia respecto a la obligación de indemnizar los daños generados a los titulares de los datos personales, limitándose a establecer que el resarcimiento se determinará conforme a ley.

La aplicación de las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código Civil, sin embargo, nos abre un abanico de interrogantes respecto a la forma en que deberían imputarse los daños derivados del tratamiento indebido de los datos personales. Por ejemplo, ¿La responsabilidad civil se imputará automáticamente a la empresa sancionada por la Dirección General de Protección de Datos Personales (en adelante, DGPDP)? ¿Frente a qué tipo de daño estaríamos? ¿El criterio de imputación aplicable, en estos casos, sería el subjetivo (culpa) u objetivo (riesgo)?

Estas preguntas son de vital importancia si caemos en la cuenta que inciden directamente en la forma en que responderán civilmente las empresas e, inclusive, las entidades públicas por la vulneración del derecho a la protección de los datos personales. Es por ello que, en las siguientes líneas, analizaremos cada uno de los elementos de la metodología de análisis de la responsabilidad civil a efectos de brindar pautas para su aplicación en este tipo de casos.

3.1. El Art. 25º de la LPDP y una precisión necesaria

Antes de realizar el análisis en cuestión, debemos determinar cuál es la naturaleza jurídica del art.

25° de la LPDP y si el mismo incide en el análisis de la responsabilidad civil derivada del indebido tratamiento de datos personales. Para ello, citamos el texto de la norma a continuación:

Artículo 25. Derecho a ser indemnizado

El titular de datos personales que sea afectado a consecuencia del incumplimiento de la presente Ley por el titular o por el encargado de tratamiento de datos personales o por terceros, tiene derecho a obtener la indemnización correspondiente, conforme a ley.

Como se podrá advertir, la norma establece que los daños causados por el incumplimiento a la normativa de datos personales deben ser indemnizados por el titular o encargado del tratamiento, o terceros. Si tenemos en cuenta que el incumplimiento de la LPDP y su reglamento genera la imposición de sanciones administrativas (art. 39° de la LPDP), entonces debemos concluir que el art. 25° reconoce que los titulares no sólo se encuentran facultados a iniciar procedimientos administrativos sancionadores contra las entidades y/o individuos que tratan indebidamente sus datos personales, sino que también les asiste la posibilidad de recurrir a la tutela resarcitoria (responsabilidad civil) a efectos de reparar los daños derivados de dicho tratamiento ilegal.

Esta interpretación del art. 25°, sin embargo, no puede ser alegado para sustentar que la tutela resarcitoria únicamente podrá ejercitarse al momento en que se sanciona administrativamente al infractor, ya que hacerlo desconocería la independencia y autonomía de ambos tipos de tutela.

En efecto, el objetivo de la tutela resarcitoria es reparar íntegramente el interés jurídico afectado por el daño, por lo que aquella se activa automáticamente cuando se acredita la existencia de este último. Desde este punto de vista, y siguiendo la posición de Gastón Fernández (2001, pp. 32-33)

sobre el particular, las funciones de la responsabilidad civil pueden ser vistas desde dos (2) ópticas distintas. Desde una óptica diádica- relaciones entre las partes-, la responsabilidad civil cumpliría tres (3) funciones: (i) función satisfactoria o resarcitoria – satisfacer el interés tutelado a través de su pleno ejercicio o a través de una indemnización -; (ii) la función de equivalencia – la posibilidad de afectar el patrimonio del responsable por el daño-; y, (iii) la función distributiva- traslado del coste del daño al responsable-. Desde una óptica sistémica, la responsabilidad civil cumpliría una función preventiva, en tanto incentiva a los sujetos a adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia del daño y, con ello, se previenen más casos de daños resarcibles.

En contrapartida, la potestad sancionadora del Estado no tiene su fundamento en la reparación integral del daño, sino que su fuente está en el supraconcepto *ius puniendi*, el cual es la facultad de sancionar conductas que afecten la convivencia pacífica en la sociedad y bienes públicos. Sobre el particular, Willy Pedreschi señala lo siguiente:

En el orden de ideas expuesto, se tiene que la selección entre la configuración de una conducta como infracción administrativa o delito (así como la correspondiente aplicación de una sanción administrativa o penal, según sea el caso), dependerá de la entidad y trascendencia de la conducta ilícita que se pretenda castigar, de modo tal que, por regla general se considera que las contravenciones menores (o ilícitos bagatela, como los denomina la doctrina europea) deben ser objeto de punición mediante sanciones administrativas (2003, p. 510).

Como podemos advertir, la potestad sancionadora administrativa gatilla sus efectos a partir de la constatación de una infracción (conducta) que afecte el interés público tutelado por el Estado, siendo que su gravedad determinará qué tipo de

sanción (administrativa o penal) se le aplicará al infractor.

Por lo tanto, atendiendo a las distintas finalidades y naturaleza jurídica de la tutela resarcitoria y la potestad sancionadora-administrativa, podemos advertir que una no depende de la otra para poder ser ejercitada en la práctica. De allí que no pueda entenderse que el art. 25° de la LPDP disponga la culminación de un procedimiento administrativo sancionador como condición previa a la acción de responsabilidad civil, ya que ambas pueden accionarse en forma paralela.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos negar que, por cuestiones prácticas, será mejor iniciar el procedimiento administrativo sancionador antes de iniciar una demanda de responsabilidad civil por los daños derivados del indebido tratamiento de los datos personales. Y es que las probabilidades de éxito de una eventual pretensión de responsabilidad civil aumentan si es que la DGPDP ha determinado, previamente, que existe alguna infracción a la LPDP y su reglamento. No debemos olvidar que, en este tipo de casos (vulneraciones a derechos fundamentales como el derecho fundamental a la protección de los datos personales), la tutela resarcitoria se revela como un mecanismo complementario de la prosecución pública de las normas que protegen intereses públicos (Banfi, 2014, p. 54).

Con todo, debemos concluir que el art. 25° de la LPDP no condiciona la acción de responsabilidad civil al inicio previo de un procedimiento administrativo sancionador, ya que ambas tutelas, al ser independientes, pueden ser activadas en forma autónoma y paralela. Sin embargo, por cuestiones prácticas, es recomendable iniciar la acción civil una vez que la DGPDP haya sancionado administrativamente al infractor de la normativa de datos

personales, ya que ello aumenta las posibilidades que el juez declare fundada nuestra demanda.

3.2. ¿Responsabilidad por inexecución de obligaciones o responsabilidad extracontractual?

Dilucidado lo anterior, conviene centrarnos ahora en determinar el régimen de responsabilidad civil aplicable a la responsabilidad civil derivada del indebido tratamiento de los datos personales; esto es, si son aplicables las reglas de la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones o extracontractual.

La distinción entre ambos sistemas es debatible y, muchas veces, se ha propuesto la unificación de ambos regímenes por su aparente falta de utilidad¹⁰. En efecto, autores como Stéfano Rodotá, Renato Scognamiglio y Cesare Salvi alegan que la diferencia entre responsabilidad civil contractual y extracontractual pierde relevancia en la medida que lo más importante es identificar quien debe asumir el coste del daño y no el origen del daño en sí mismo. De esta manera, la noción de daño injusto bastaría para fundar la responsabilidad (Corsaro, 2002, pp. 148-149). Por su parte, autores como Fernando De Tragzenies (2011), Luigi Corsaro (2002) y Leysser León (2007) señalan, entre otros argumentos, que no es posible unificar los regímenes de responsabilidad civil en la medida que ambos tutelan intereses distintos y, además, responden a lógicas jurídicas distintas. Así pues, para Fernando de Tragzenies (2011, p. 33-35), la responsabilidad civil extracontractual se diferencia de la contractual debido a que está rodeado de una aureola de interés público que hace que el juez, o cualquier operador jurídico en general, deba aplicar la ley a fin de tutelar el derecho del afectado por el daño y, con ello, desincentivar actividades a nivel de sociedad. Por lo tanto, si-

10 Sobre el particular, véase Vidal, F. (2001).

guiendo a Luigi Corsaro (2002, p.164), si bien el efecto jurídico es el mismo – pagar una indemnización-, la responsabilidad civil extracontractual y contractual no obedecen a la misma fuente y tampoco es posible unificarlas debido a la gran existencia de intereses en el ordenamiento jurídico. Finalmente, es relevante lo señalado por Leysser León (2007) en el sentido que la unificación de la responsabilidad civil no puede ser acogida debido a que las diferencias que inspiran la dualidad de regímenes obedecen a fundamentos jurídicos que no pueden ser unificados- véase, por ejemplo, la diferencia en el plazo de prescripción por razones de índole probatorio y la noción de previsibilidad que está ausente en la responsabilidad civil extracontractual pero es pieza vital de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones-.

A nivel jurisprudencial, las casaciones 1312-96 Lambayeque, 1112-98 Ucayali, 99-99 Lima, 2535-2001 Ucayali y 499-2004 Lima han desarrollado en extenso las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, por lo que es palpable la posición judicial al respecto.

Por nuestra parte, consideramos que sea que estemos de acuerdo o no con una determinada postura, lo cierto es que nuestro Código Civil regula ambos regímenes de responsabilidad civil en sus normas, por lo que resulta importante saber la diferencia entre ambos para aplicarlos correctamente. Así pues, la doctrina mayoritaria entiende que la diferencia entre ambos regímenes es la preexistencia de una relación contractual al daño, por lo que si éste último irrumpe en una relación contractual, entonces será aplicable el régimen de responsabilidad civil contractual, siendo que la ausencia de dicha relación determinará la aplicación del régimen extracontractual. Nosotros discrepamos respetuosamente de dicho criterio por cuanto consideramos que más exacto es atender al interés tutelado para diferenciar ambos regímenes.

Bajo ésta última perspectiva, en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, el ordenamiento jurídico estaría tutelando un interés concreto y que preexiste a la ocurrencia del daño, mientras que, en la responsabilidad civil extracontractual, el interés tutelado se materializa una vez irrumpido el daño, siendo que previo a éste únicamente existía una situación jurídica protegida erga omnes (León, 2007). De esta manera, la atención no está centrada en identificar una relación contractual previa al daño como elemento diferenciador de regímenes, sino en la naturaleza del interés tutelado; criterio que, además de ser preciso, nos permite aplicar de mejor forma las normas de nuestro Código Civil.

En efecto, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, nuestro Código Civil nombra a su sistema de responsabilidad civil contractual como “responsabilidad por inejecución de obligaciones”, lo cual hace que el mismo no sólo sea aplicable a las relaciones contractuales sino también a toda relación jurídico-obligatoria de la realidad. Si tenemos en cuenta que, por teoría general de obligaciones, las relaciones jurídico-obligatorias pueden tener fuente consensual o legal (Castillo, 2014, p. 211), vemos que nuestro sistema de responsabilidad civil “contractual” no sólo tutela los intereses dañados en una relación contractual sino a todo interés que se encuentra concretizado en una relación jurídica obligatoria en general. Así pues, se es más exacto diferenciar este sistema de responsabilidad por el tipo de interés tutelado y no por el hecho que el daño se materialice en una relación contractual, ya que esto último desconocería el alcance de nuestro sistema de responsabilidad civil.

Es por lo anterior que consideramos más adecuado a nuestro contexto normativo el decir que la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones tutela un interés ya determinado y preexistente al daño; y que la responsabilidad extracontractual, en contrapartida, tutela un interés

protegido erga omnes (a toda la colectividad), el cual recién se individualiza al momento en que el agresor genera un daño a la víctima.

Teniendo claro lo anterior, estamos en posición de determinar a qué régimen corresponden los daños derivados del uso indebido de los datos personales. Al respecto, consideramos que la aplicación de uno u otro régimen dependerá de cada caso en particular, tal y como lo desarrolla Guido Alpa:

«Para la tutela de los datos personales (...) se prevé una regla de formulación amplia, (...) según la cual todo aquel que causa un daño a otro por efecto del tratamiento de datos personales, está obligado al resarcimiento de conformidad con el art. 2050 cód. civ. It.». Por consiguiente, se puede distinguir: una responsabilidad de naturaleza contractual, que es inherente a la relación entre el interesado y el titular del banco de datos, cuando dicha relación se haya constituido mediante el consentimiento negocial; y una responsabilidad de tipo extracontractual y objetiva, en lo que respecta al interesado o a los terceros, e imputada a todo aquel (no solo al titular o al responsable, sino también a cualquier tercero)” (2016, p. 654).

Así, en caso el daño haya ocurrido en el marco de una relación jurídico-obligatoria¹¹, se deberá aplicar el sistema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, en tanto el derecho fundamental a la protección de los datos personales se subsume en la relación jurídica como un

deber de protección. Esto último se fundamenta en la naturaleza jurídica de las obligaciones y ocurre automáticamente sin importar si las partes lo acordaron expresamente o no.

En efecto, en una relación jurídica-obligatoria existen dos (2) situaciones jurídicas complejas: el “acreedor” y “deudor”. Se dice que son complejas por cuanto contienen más de una situación jurídica individual en su interior (Zatti, 2005, pp. 377-378). Esta complejidad hace que el deudor no sólo tenga el deber de cumplir la prestación principal en favor del acreedor, sino que también existan una serie de deberes accesorios en su interior que protegen los distintos intereses de las partes. Lo anterior es muy bien explicado por Rómulo Morales:

“Dentro de este marco teórico, una relación obligatoria es compleja porque contiene deberes de prestaciones principales, deberes de prestaciones secundarias y deberes accesorios. La prestación principal es la acción humana, considerada como núcleo de la obligación. La prestación secundaria depende de la prestación principal. Y los deberes accesorios cautelan el vínculo obligacional; protegen a las partes, en sus personas o en su patrimonio, y protegen a los terceros, que con la obligación, tengan un especial contacto. (...)” (2013, p. 58).

De esta forma, y en relación al caso que nos atañe, el derecho fundamental a la protección de los datos personales deja de ser un deber general y

11 En este supuesto se excluyen aquellas situaciones donde el titular de los datos personales resulta afectado por el tratamiento indebido realizado por una empresa al momento de prestar un servicio a otra. En efecto, la experiencia nos enseña que, en muchas ocasiones, una empresa titular de un Banco de Datos Personales transfiere datos personales a otras empresas para que aquellas realicen el tratamiento correspondiente, previo consentimiento de los titulares de dichos datos.

En caso estas empresas encargadas del tratamiento de datos personales incumplan la normativa de datos personales, aquellas estarían prestando un servicio defectuoso a la empresa que les transfirió los datos personales, por lo que asumirían el pago de cualquier daño bajo el esquema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones. Sin embargo, al titular de los datos personales indebidamente tratados también le asiste la acción de ir contra la empresa encargada del tratamiento, frente a la cual no tiene un vínculo obligacional o de otra naturaleza, por lo que, aquí, aplicaría un sistema de responsabilidad civil extracontractual.

se subsume dentro de la relación jurídico-obligatoria existente entre las partes, creando deberes accesorios que protegen el interés que subyace a dicho derecho, tales como: (i) no utilizar los datos personales para otra finalidad; (ii) solicitar el consentimiento de la otra parte para utilizar sus datos personales en forma distinta; entre otros. Insistimos, este efecto ocurre por la propia naturaleza de las relaciones jurídico-obligatorias y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y no por pacto expreso de las partes, por lo que resulta irrelevante si existe una cláusula específica que recoja lo anterior¹².

Por lo tanto, en caso el daño derivado del tratamiento indebido de datos personales irrumpa durante el cumplimiento de una relación jurídico-obligacional, el régimen de responsabilidad civil aplicable será el de inexecución de obligaciones en tanto se están vulnerando deberes accesorios específicos que el deudor ha asumido por imperio de nuestra carta magna. Por el contrario, si el interés jurídico dañado no se encuentra concretizado en una relación jurídico-obligacional, como podría suceder en aquellos casos donde las empresas han realizado el tratamiento de los datos personales sin el conocimiento o consentimiento del titular, el régimen de responsabilidad civil extracontractual será aplicable. Esto por cuanto el derecho a la protección de los datos personales (derecho afectado) se encuentra protegido erga omnes por la Constitución Política del Perú y ninguna entidad privada y/o pública puede actuar en contra del mismo.

Finalmente, cabe pronunciarnos respecto a un supuesto de hecho específico que tiene relación con el art. 25° de la LPDP. Así pues, hemos dicho que el referido artículo reconoce la posibilidad de plantear acciones de responsabilidad civil por el indebido tratamiento de datos personales y que dicha acción es independiente al procedimiento administrativo sancionador que puede iniciarse sobre

el particular, siendo que recomendamos el inicio de este segundo procedimiento antes del primero a efectos de mejorar las probabilidades de éxito de la demanda. Lo anterior, sin embargo, nos abre una nueva incógnita: ¿Cuál régimen de responsabilidad civil es aplicable en aquellos casos donde, efectivamente, se ha sancionado administrativamente el indebido tratamiento de datos personales que ha tenido lugar en el contexto de una relación jurídico-obligatoria?

Este caso es el típico “cúmulo de acciones de responsabilidad civil” donde un mismo hecho, que en este caso es el indebido tratamiento de datos personales, es apreciado como un incumplimiento contractual y, a la vez, como una infracción a derechos personales protegidos por leyes distintas al contrato (en este caso, la LPDP y su reglamento) (Visintini, 2015, p. 95). Frente a esta situación, y siendo coherentes con nuestra posición, consideramos que la solución sería optar por la aplicación del régimen de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones en la medida que el deber de proteger los datos personales se subsume dentro de la relación jurídico-obligatoria. Sin perjuicio de lo anterior, esta conclusión no es acogida por nuestro Código Civil, por lo que consideramos que el titular de los datos personales puede elegir, legalmente, cual acción de responsabilidad civil iniciar en cada caso concreto. Debemos acotar que esta elección es excluyente, por lo que, una vez elegido el régimen de responsabilidad civil en cuestión, la acción del otro régimen se pierde automáticamente.

3.3. Elementos de la responsabilidad civil derivada del uso indebido de los datos personales

Dicho lo anterior, procederemos a analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil

12 Véase García, V. (2018).

derivada del uso indebido de los datos personales a la luz de las normas de nuestro Código Civil.

3.3.1. El daño

El daño es el elemento que gatilla el análisis de la responsabilidad civil, ya que, ante su constatación, el ordenamiento jurídico inmediatamente actúa para resarcir el interés lesionado. Así, concordamos con Joan Seuba cuando dice que “(...) el daño es el concepto que inicia, y también acaba, la responsabilidad civil. Si no hay daño (...), no hay pretensión indemnizatoria, no hay supuesto de responsabilidad civil y por eso la responsabilidad civil se distingue de otros supuestos como la responsabilidad administrativa” (2012, p. 45).

Etimológicamente, el concepto de daño se deriva del latín DEMERE, el cual significa “disminuir, afectar o menguar”, lo cual nos permite entenderlo como un detrimento, perjuicio, menoscabo o padecimiento de una lesión que afecta un interés tutelado. Cabe resaltar que el concepto de daño es neutro, ya que carece de cualquier calificación jurídica como lo vendría a ser la antijuridicidad. De allí que Leysser León condicione el resarcimiento de los daños a si los mismos afectan un interés protegido por el ordenamiento jurídico y no a la cualificación de la misma como ilícito:

Desde una perspectiva jurídica, el daño es una condición desfavorable para un sujeto de derecho que merece ser resarcida, siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento, y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley; todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil (2004, p.105-106) (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, importa precisar que no todo daño gatilla el inicio del análisis de responsabilidad civil sino solo aquellos que califiquen como indemnizables mediante el cumplimiento de los siguientes cuatro (4) requisitos: (i) certeza, el cual hace referencia a que el daño debe darse efectivamente en la realidad; (ii) subsistencia, lo cual significa que el daño debe existir al momento en que se interpone la demanda correspondiente; (iii) especialidad, el cual tiene relación con el hecho que el afectado por el daño sea el único legitimado a pedir su indemnización; e, (iv) injusticia, lo cual hace que el daño afecte necesariamente un interés jurídicamente tutelado¹³.

Teniendo en cuenta lo anterior, y atendiendo al caso que nos atañe, debemos precisar que el daño ocasionado por el tratamiento indebido de los datos personales es de especial naturaleza, ya que se configura por la sola vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales y no es necesario que tenga efectos patrimoniales negativos en la esfera jurídica del afectado para que el ordenamiento jurídico lo tutele. Para explicar esta idea, hay que partir del hecho que la certeza del daño puede verse desde dos (2) puntos de vista: (i) daño evento, es decir la materialización fáctica de la afectación; y, (ii) daño consecuencia, el cual se refiere a los perjuicios patrimoniales que tienen causalidad económica o legal con el daño evento (Calvo, 2005, p. 250)¹⁴. A continuación, nos enfocaremos en la primera perspectiva.

El daño evento hace referencia al daño material y cierto, es decir, el evento a través del cual se concreta la lesión de un interés jurídicamente apreciable. Dicho de otra manera, el daño evento es “(...) un resultado material o jurídico que se concentra en la lesión de un interés jurídicamente apreciable. Se trata de la constatación fáctica del

13 Sobre el particular, ver Solarte, A. (2015).

14 Sobre el particular, también consultar Elorriaga De Bonis, F. (2010)

ente que se ve afectado con la lesión (...)” (Fernández, 2014, p. 238).

Atendiendo al tipo de interés que puede afectar el daño evento, tenemos que el mismo puede ser un daño patrimonial y no patrimonial. El primero ocurre cuando el daño afecta el patrimonio de la víctima, es decir a un objeto de derecho y no a la entidad psicosomática de la víctima; mientras que el segundo se da cuando el daño afecta a una entidad que no tiene valoración patrimonial, como lo es la integridad, la psiquis de un individuo, entre otros.

Siguiendo esta clasificación, podemos advertir que el daño derivado de la vulneración del derecho a la protección de los datos personales es un daño no patrimonial, por cuanto es ocasionado por una lesión a un derecho fundamental. De esta manera, dicho daño se comprueba y materializa en la realidad por la sola afectación al derecho en cuestión, bastando ello para que el ordenamiento jurídico le brinde tutela resarcitoria al afectado. Lo anterior es muy bien explicado por Javier Tamayo:

Fuera de los bienes patrimoniales, los individuos poseen otros de carácter extrapatrimonial (...) Entre esos bienes extrapatrimoniales podemos contar la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, la integridad personal y la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc. La lesión a cualquiera de estos bienes constituye un perjuicio que debe ser reparado, por tanto, no es menester en puro derecho que una de estas lesiones produzca desmedro patrimonial o afectivo de la víctima para que pueda hablarse de daño reparable. El hecho mismo de la lesión al bien es constitutivo de daño (2015, p. 200) [el subrayado es nuestro].

Si bien la tutela resarcitoria opera para eliminar y/o mitigar los efectos patrimoniales ocasionados por el daño, este tipo de daños no patrimoniales se caracteriza por no tener, necesariamente, repercusiones negativas en la esfera patrimonial de la víctima. De esta manera, estos daños son considerados *in re ipsa*, por cuanto se configuran y son indemnizables por el sólo hecho de haber ocurrido el hecho generador del mismo, que es el tratamiento indebido de los datos personales¹⁵.

Lo anterior nos permite concluir que los daños derivados del uso indebido de los datos personales son de carácter extrapatrimonial y de naturaleza *in re ipsa*, por cuanto la sola vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales configura el daño indemnizable en cuestión. De allí que no sea necesario que los operadores jurídicos peruanos deban exigir al afectado la probanza material del daño, ya que éste se ha configurado por el sólo acto de tratar indebidamente los datos personales de la víctima.

Esta conclusión no es pacífica en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el art. 196° del Código Procesal Civil, al disponer que la carga de la prueba le corresponde a la parte que los alega, obliga a que las víctimas del daño por el indebido tratamiento de datos personales deban probar la existencia del mismo a efectos que el juez conceda la indemnización correspondiente. Sin embargo, somos de la posición que la doctrina *in re ipsa* puede ser aplicada por los jueces a través de la interpretación de indicios (art. 276° del Código Procesal Civil) y mediante el uso de presunciones judiciales (art. 281° del Código Procesal Civil)¹⁶.

Es más, recientemente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha aplicado, sin decirlo expresamente, la doctrina *in re ipsa* para resolver un caso de responsabilidad civil. Efectivamente,

15 Sobre el particular, ver Buendía, E. (2014).

16 Sobre el particular, ver Linares, D. (2017) y Bullard, A. (2015).

en la Casación N° 4516-2016 Lambayeque, la Sala resolvió que la sola constatación de la anti-juridicidad –o hecho generador, como veremos más adelante– es suficiente para que el juez pueda tener por acreditado el daño e, inclusive, permite la determinación de la indemnización en función a una valoración equitativa:

QUINTO.- Ahora bien, como se ha señalado en las consideraciones que preceden, el acto perturbatorio ya ha sido superado en el transcurso del presente proceso, por cuanto la Municipalidad emplazada ha demolido los sardineles que han perjudicado a la actora, construyendo las respectivas rampas para que los vehículos puedan ingresar y salir al Grifo Primax de propiedad de la demandante, lo cual no es razón suficiente para que el daño producido deje de ser indemnizable. Si bien en autos no existe una pericia que demuestre de manera exacta el *quantum* del daño ocasionado (lucro cesante, esto es, la ganancia o renta frustrada como consecuencia del evento dañoso), sin embargo, es evidente que existe responsabilidad de la demandada, por lo que de manera prudencial debe fijarse un determinado monto de dinero por resarcimiento, conforme a lo prescrito en el artículo 1332 del Código Civil (...)

De este modo, es posible alegar la doctrina *in re ipsa* al momento de acreditar el daño en los casos de responsabilidad civil derivados de un uso indebido de datos personales, siendo que estará en manos del juez el determinar el *quantum* indemnizatorio en función al art. 1332° del Código Civil.

Cabe resaltar que el hecho de afirmar que la vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales sea un daño indemnizable en sí mismo no significa que la tutela resarcitoria

esté adoptando una connotación sancionatoria propia del derecho administrativo sancionador, ya que, como hemos dicho, la primera busca reparar el daño causado y el segundo únicamente se centra en sancionar al infractor. Por lo tanto, la indemnización que eventualmente se otorgue no busca sancionar al responsable, sino trasladarle el coste del daño causado al titular de los datos personales.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el indebido tratamiento de datos personales también puede causar daños patrimoniales. Véase, por ejemplo, el caso de *Bev Standing* citado en la introducción o los casos donde se publican datos bancarios de los usuarios y, por ello, el titular se ve afectado por malversaciones en sus cuentas¹⁷. Estos daños, qué duda cabe, son también indemnizables en la medida que son afectaciones patrimoniales al titular de los datos indebidamente tratados y, como tales, requerirán ser probados a efectos que el juez conceda la indemnización correspondiente.

3.3.2. El hecho generador

El hecho generador vendría a ser la actividad humana que ha ocasionado el daño en la esfera jurídica de la víctima (Buendía, 2013, p. 51). Dicho hecho debe ser autónomo y suficiente para causar el daño, por lo que su identificación significa un reto para el operador jurídico si tenemos en cuenta que la vida humana es una concatenación de actividades.

Ahora bien, la doctrina nacional mayoritaria hace referencia a que el hecho generador debe tener la cualificación de antijurídico, sin el cual el causante no podrá ser imputado como responsable. A nivel jurisprudencial, los jueces unánimemente utilizan a la antijuridicidad como un elemento que forma parte del análisis de responsabilidad

¹⁷ Véase Rubí, A. (2015).

civil, siendo que el mismo ha sido definido en la Casación N° 3168-2015 Lima:

4.6. Al respecto, uno de los principales elementos, es el de la antijuridicidad de la conducta, la cual consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico.

Pese a que lo anterior es la opinión mayoritaria, somos de la posición que la antijuridicidad, al no estar expresamente regulada como un elemento de análisis de la responsabilidad civil¹⁸, no resulta de aplicación en nuestro contexto nacional. Y es que hablar de antijuridicidad implica limitar los supuestos de responsabilidad civil a la ocurrencia de actos ilícitos, lo cual, conforme lo señala Héctor Campos, desconoce la intención del legislador de apartarse precisamente de dicha categoría (2012, p. 216).

En efecto, el concepto de actos ilícitos o antijurídicos nació de la teoría voluntarista del acto jurídico, el cual permitía asegurar, de mejor forma, el derecho de propiedad como centro del ordenamiento jurídico. Así, se aseguraba que la única forma de afectar dicho derecho era a través de la voluntad del titular¹⁹ en tanto la misma era, bajo dicha perspectiva, la principal fuente de efectos jurídicos. Esta teoría hizo que se desarrollaran las categorías jurídicas de hechos jurídicos voluntarios e involuntarios. Respecto a los hechos voluntarios, estos se clasificaban en lícitos e ilícitos, siendo que la calificación dependía si tal hecho transgredía o no el ordenamiento jurídico.

De esta manera, el “acto ilícito” es consecuencia de una voluntad “torcida” de los sujetos, debiendo el ordenamiento jurídico adoptar las medidas necesarias para reprimirlo²⁰. Esto fue la génesis del concepto voluntarista de culpa, tal y como lo desarrolla Massimo Franzoni:

A esto se debió que la responsabilidad civil constituyese un mecanismo para la regulación del conflicto entre propiedades distintas; mientras que **la culpa, como aspecto negativo de la voluntad**, representaba un criterio para la selección de los intereses a tutelar, de la misma manera que **la voluntad**, al ser productora de un negocio jurídico, hacía posible la circulación de la propiedad” (1999, pp. 72-73). [énfasis agregado].

En ese sentido, si la teoría del acto jurídico giraba en torno a una teoría voluntarista y la responsabilidad civil se influenció de aquello, sólo se podía imputar responsabilidad a aquél sujeto cuya voluntad hubiese nacido de forma contraria a derecho, siendo que la culpa, bajo esta concepción, se convierte en el único criterio de imputación que

18 Sobre el particular, compartimos los trabajos realizados por Gastón Fernández, Leysser León, Héctor Campos y demás destacados civilistas de nuestro medio.

19 Véase Franzoni, M. (1999).

20 Véase Taboada, L. (2003).

justificaba el traslado del coste del daño. De allí que el concepto de “acto ilícito” tenga impregnada una visión netamente voluntarista de la responsabilidad civil (Alpa, 2016, p. 153).

Este paradigma cambia con la revolución industrial y las nuevas tecnologías, por cuanto hacen que se cuestione a la culpa como único criterio de imputación de responsabilidad civil, en la medida que, al depender necesariamente de la voluntad, era difícil trasladar el coste del daño en aquellos casos donde no se podía identificar si el causante actuó voluntariamente. Esto hace que se agreguen nuevos criterios de imputación objetivos a efectos de tutelar, de mejor forma, los intereses de la persona, quien ahora se convierte en el centro de protección del ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos concluir que nuestro Código Civil no acoge la teoría de los actos ilícitos o la antijuridicidad del evento, ya que ello presupone la idea de la culpa como el único criterio de imputación de intereses; situación que no se presenta en nuestro caso debido a que hemos acogido tanto a la culpa (art. 1314°, 1969° y demás relacionados) como al riesgo (el art. 1970°). Ratificando lo anterior, Fernando De Trazegnies, autor del libro de Responsabilidad Extracontractual de nuestro Código Civil, señala lo siguiente:

Como miembro de la Comisión que redactó el anteproyecto del Código Civil de 1984, me correspondió precisamente la parte relativa a la responsabilidad extracontractual.

En esta tarea, asumí básicamente tres ideas – guías que explicaré a continuación.

La primera de ellas consistía en que la responsabilidad objetiva no podía estar ausente del Derecho peruano y que, por tanto, si bien la culpa es siempre un principio individualizador de responsabilidad, en muchos casos hay

circunstancias en las que debemos recurrir a alguna de las formas de objetivación de la responsabilidad (...)

Pero la presencia de la responsabilidad sin culpa alteraba fundamentalmente el concepto general dentro del cual se enmarcaban estas responsabilidades. **Ciertamente, ya no podíamos hablar de actos ilícitos como rubro global, porque la responsabilidad sin culpa no es un acto ilícito** (...). En consecuencia, el título de la sección como “De los actos ilícitos” quedaba obsoleto y habría que cambiarlo porque daba tinte general de culpa que ya no correspondía a la nueva legislación” (2005, p. 213) [el énfasis es nuestro].

Habiendo dejado claro lo anterior, importa advertir que, en los casos de responsabilidad civil derivados del tratamiento indebido de los datos personales, el hecho generador “típico” es el tratamiento indebido de datos personales, cuya complejidad, en múltiples casos, requiere la participación de más de una sola empresa, lo cual puede dificultar el análisis de este elemento de la responsabilidad civil.

Y es que no debemos olvidar que la LPDP define al tratamiento de datos personales en forma amplia, incluyendo al uso o realización de cualquier operación que permita la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales (art. 2° inc. 19 de la LPDP). Este tratamiento, por lo tanto, puede ser realizado por uno o varios sujetos, siendo que la LPDP y el reglamento han reconocido a tres (3) individuos principales en dicha operación:

- Titular del Banco de Datos Personales: De conformidad con el art. 2° inc. 17 de la LPDP, es aquella persona natural o jurídica que determina la finalidad y contenido del banco de datos personales, el tratamiento de estos y las medidas de seguridad para su protección.
- Sobre el particular, el titular del banco de datos debe tener en cuenta que “(...) su acción u omisión en el tratamiento de datos personales puede significar la automática vulneración de derechos fundamentales de las personas. En otras palabras, el hecho generador del daño puede surgir por la acción y omisión del responsable o encargado del tratamiento” (Remolina, 2013, p. 77). De allí que sea uno de los principales causantes “típicos” del eventual daño que pudiese afectar a los titulares de los datos personales.
- Encargado del tratamiento: Esta persona natural o jurídica es quien realiza el tratamiento de los datos personales sin necesidad de ser el titular o encargado del banco de datos (art. 2° inc. 10 del RLPDP). Por su definición, el encargado del tratamiento no necesariamente debe tener una relación jurídica directa con el titular de los datos personales tratados, siendo que la legalidad de su operación radicarán, en estos casos, en que el titular del banco de datos haya obtenido el consentimiento correspondiente del titular.
- Responsable del tratamiento: Es el sujeto que decide sobre el tratamiento de los datos personales aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales (art. 2° inc. 14 del RLPDP).

De esta manera, es posible que el daño sea causado por todos estos sujetos en conjunto o sólo por

uno o dos de ellos, por lo que importa tener en cuenta las siguientes palabras de Lizardo Taboada:

“(...) [C]on relación a los supuestos de concurrencia de causas, denominado también pluralidad de causas o coautores, es necesario señalar que se trata de los casos en los cuales dos o más sujetos, mediante una conducta común o a través de conductas singulares, causan un mismo daño.” (2003, p.92) (el énfasis es nuestro).

Finalmente, cabe precisar que los tres (3) sujetos arriba mencionados no son los únicos que, jurídicamente, pueden ser los causantes del daño derivado del indebido tratamiento de los datos personales, ya que lo determinante siempre será encontrar al sujeto que, en la realidad, ha causado el daño. De allí que cualquier persona esté en aptitud jurídica para causar el daño en cuestión, más aún si el art. 25° de la LPDP establece que la obligación de indemnizar alcanza, incluso, a los terceros.

3.3.3. El nexa causal

El nexa causal es la unión lógica existente entre el daño y el hecho generador, en tanto se compruebe que el primero no pudo ocurrir sin el segundo. Sobre el particular, Alfonso de Cossio señala que, si bien en el plano físico puede existir una concatenación de hechos que desembocan en un resultado determinado, no todos los hechos involucrados tienen relevancia jurídica para la determinación del nexa causal. Por lo tanto, “(...) [s]e impone (...) una valoración de las condiciones para poder saber cuál [será] la causa en cada caso, y es obvio que tal valoración ha de llevarse a cabo aquí atendiendo a criterios propiamente jurídicos” (1966, p. 531).

A nivel jurisprudencial, se ha definido al nexo causal en la Casación N° 3470-2015 Lima Norte de la siguiente manera:

QUINTO.- Que, la figura del nexo causal, aparece en la relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa – efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño; cuáles hechos ocasionaron el daño que produce finalmente el detrimento, esto es, el daño susceptible de ser indemnizado, el cual merecerá ser reparado.

De este modo, tal y como enseña Marcelo Planio y Jorge Ripert, lo importante es identificar, causalmente, si el hecho generador ha sido determinante para la generación del daño, sin importar si dicho evento es remoto o reciente (1940, p. 746). A efectos de cumplir dicha tarea, los juristas han propuesto una serie de teorías que, a través de la aplicación de diversos criterios, ayudan a identificar los hechos o hecho sin los cuales el daño no hubiese ocurrido, siendo que, en nuestro país, la teoría aplicable es el de la causalidad adecuada (art. 1985° del Código Civil²¹).

La teoría de la causalidad adecuada hace referencia a que habrá causalidad entre el hecho generador y el daño cuando el primero, de forma independiente y autónoma, es causa adecuada para generar el segundo; análisis para el cual será necesario recurrir a un juicio de probabilidad. Juicio que debe realizarse en función a lo que un hombre con mentalidad normal puede prever como resultado del hecho (Espinoza, 2011, p. 215). De esta manera, desde una visión práctica, la referida teoría nos hace realizarnos la siguiente pregunta: ¿El hecho generador en cuestión normalmente

sería la causa del daño sufrido? Si la respuesta es afirmativa, entonces hay causalidad adecuada.

En tanto no existe un régimen especial para analizar el daño derivado del tratamiento indebido de datos personales, la teoría de la causalidad adecuada también será aplicable para identificar a los causantes de este tipo especial de daño. Atendiendo a la particularidad del daño no patrimonial en cuestión, el mismo siempre tendrá conexión de causalidad con el acto que significó la afectación del derecho fundamental a la protección de los datos personales, que en este caso es el indebido tratamiento de datos. Sin embargo, en el plano práctico, la validación del nexo causal puede ser una tarea sencilla (si es que la acción civil se interpone luego que la DGPDP haya sancionado administrativamente al infractor o infractores) o dificultosa (si es que la acción se plantea sin pronunciamiento administrativo sobre el particular o, peor aún, si existe una resolución absolutoria de responsabilidad administrativa). De allí que reiteremos que es más práctico esperar a un pronunciamiento administrativo por parte de la DGPDP a efectos de evitar cualquier inconveniente en el análisis del nexo causal y el hecho generador de este tipo de daños.

Finalmente, en caso estemos en un supuesto de concausas o, lo que es lo mismo, ante un daño generado por un indebido tratamiento de datos personales que involucró a más de un individuo, resulta valioso seguir las pautas dadas por Isidoro Goldenberg sobre el particular:

Esta clase de intervención plural se constituye cuando un daño es provocado por la acción independiente entre sí de dos o más personas, pero de tal suerte, que aun de haber actuado aisladamente, el resultado se habría producido lo mismo. (...)

21 **Artículo 1985.-** La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

Al respecto, hay que distinguir varias situaciones, ya que porque el daño hubiera sido producido por el acto de uno aun sin la intervención de los demás (...); o bien cada uno sin cooperación consciente, realiza una de las condiciones por cuya conjunción se produce el resultado (...)" (1989, p. 150-151).

Cabe acotar que, en los supuestos de concausas, los causantes del daño serán responsables solidarios de la eventual indemnización que se imponga, salvo que el juez determine una situación distinta (art. 1983° del Código Civil²²).

3.3.4. Los criterios de imputación

Por último, para definir qué son los criterios de imputación, debemos partir de la idea que existen tres (3) formas de trasladar el coste económico del daño en un sistema de responsabilidad civil: (i) traslado al causante; (ii) traslado al superior jerárquico; y, (iii) no traslado del coste económico. Los criterios de imputación, entonces, vendrían a ser aquellos justificativos teóricos que permiten la adopción de alguna de las tres hipótesis planteadas, tal y como lo señala Arturo Solarte:

En general, se puede señalar que el criterio o factor de imputación de la responsabilidad civil, es el requisito que permite atribuir o asignar la obligación indemnizatoria a un sujeto determinado, en el sentido de encontrar la razón o el fundamento para hacerlo (...) (2015, p. 277) (el resaltado es nuestro).

Sobre el particular, el Código Civil peruano contempla dos (2) criterios de imputación: (i) El criterio subjetivo, centrado en la culpa (art. 1314°, 1318°, 1319°, 1320° y 1969° del Código Civil); y, (ii) el criterio objetivo, basado en el riesgo (art.

1970° y ss. del Código Civil). El uso de uno u otro dependerá del régimen de responsabilidad civil en el que nos encontremos (inejecución de obligaciones o extracontractual) y las condiciones del caso en particular.

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico establece que el criterio de imputación aplicable en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es la culpa, mientras que en la responsabilidad civil extracontractual lo es tanto la culpa como el riesgo. Esto último hace que el criterio de imputación aplicable a la responsabilidad civil derivada del indebido tratamiento de datos personales pueda ser tanto uno subjetivo como objetivo, por lo que es importante conocer la definición doctrinal de ambos criterios a fin de aplicarlos correctamente a cada caso en concreto.

Respecto a la culpa, ya hemos comentado que la misma tuvo, en sus inicios, una connotación netamente ético-psicológica, en el sentido que se imputaba responsabilidad al sujeto que, voluntariamente, hubiese generado un daño a otro. Al apreciarse como un juicio de desvalor, la culpa era considerada como un error conductual que le precedía una desviación de voluntad, lo cual hacía que el análisis sea realizado en cada caso concreto y teniendo en cuenta las cualidades de la persona, el tiempo y el lugar en el que ocurrió el daño.

Bajo éste primer esquema, la culpa se manifestaba de dos (2) formas: (i) culpa negligencia, que era entendida como la omisión de los deberes de previsión en una conducta determinada; y, (ii) culpa imprudencia, que ocurre cuando un sujeto actúa sin prever las consecuencias de sus actos. La diferencia entre ambos conceptos es bien explicada por Gastón Fernández:

22 **Artículo 1983.-** Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

De la misma manera, (...), se afirma la existencia de dos tipos de culpa: "... como negligencia, caso en el cual el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, hace menos de lo que debe; y como imprudencia, caso en el cual el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podía desembocar su proceder irreflexivo, hace más de lo que debe (...) (2014, p.254).

Con la industrialización y la consolidación de la persona como nuevo centro del ordenamiento jurídico, la noción voluntarista de la culpa se modificó para dar pase a lo que conocemos como culpa social u "objetiva". En efecto, dicha noción parte de analizar el comportamiento del sujeto a través de su comparación con un parámetro de comportamiento legislativamente aceptado, prescindiendo de cualquier evaluación a la psique del victimario. Ello es muy bien explicado por Colin y Capitant:

Cuando se dice que un hombre ha incurrido en culpa, todos saben lo que esto quiere decir. Quiere decir que ese hombre no se ha conducido como hubiera debido conducirse, que no ha hecho lo que hubiera debido a hacer. Se pregunta cómo este hombre hubiera debido portarse, se compara su conducta con la que hubiera seguido en su lugar un hombre prudente, **diligente**" (1943, p. 824) [el énfasis es nuestro]

En el ámbito nacional, Juan Espinoza Espinoza explica que la denominada "culpa objetiva" hace referencia al incumplimiento de un parámetro de comportamiento en el ordenamiento jurídico, por lo que "(...) la culpa es in re ipsa, vale decir, el ordenamiento determina el parámetro del comportamiento y si el agente no lo cumple, éste

es responsable. También se le llama culpa in abstracto, la cual, se opone a la culpa in concreto o subjetiva" (2011, p.160).

De esta manera, el análisis de la culpa social u objetiva involucra la comparación del actuar del sujeto en cuestión con un parámetro socialmente aceptado, el cual generalmente viene legislado en alguna norma positiva. Por lo tanto, y en palabras de Stefano Rodotà, en la diligencia ya no se valora más los comportamientos de formas individuales, sino en comparación con un modelo de comportamiento previamente legislado (1978, p. 5).

Teniendo en cuenta estas definiciones de culpa y bajo la consideración que la responsabilidad civil es una institución única de la cual se ramifican los distintos regímenes de responsabilidad, podemos advertir que, en nuestro Código Civil, se ha recogido la valoración subjetiva de la culpa, que es heredada de su noción ético-psicológica²³. Sin embargo, sea que nos sometamos a un concepto subjetivo u objetivo de culpa, la valoración del comportamiento humano siempre nos obligará a realizar comparaciones con un parámetro objetivo de comportamiento, en la medida que consideremos a la diligencia como el concepto antitético de la culpa²⁴.

Atendiendo a ello, es interesante el análisis de la culpa en los casos de responsabilidad civil por tratamiento indebido de datos personales, ya que, en este campo, existe un parámetro de tratamiento "diligente" particularmente alto que ha sido impuesto por el mismo legislador. En efecto, debido a la naturaleza constitucional del derecho protegido, la DGPDP ha ido publicando lineamientos de cómo deberían ser tratados los datos personales, por lo que, a la fecha, existen más de cinco (5) directivas²⁵ sobre el particular que podrían fungir

23 Al respecto, véase la Casación N° 3207-2016 Arequipa.

24 Véase Fernández, G. (2005).

25 Las directivas se encuentran listadas en el siguiente enlace: <https://www.minjus.gob.pe/legislacion/>.

de estándar de comportamiento para medir el actuar diligente de las empresas y/o individuos.

Si partimos de la idea que la culpa es el análisis del comportamiento diligente de los sujetos, veremos que, en el caso que nos atañe, el operador jurídico tiene parámetros objetivos con los cuáles puede medir la diligencia del causante del daño. Ciertamente, el juez y cualquier operador jurídico podrá analizar el comportamiento del causante a la luz de los lineamientos y pautas establecidas por la DGPD a efectos de imputarle, o no, responsabilidad por culpa. Respecto a esto último, conviene precisar que no se está señalando que los sujetos serán responsables automáticamente por incumplir las directivas emitidas por la autoridad administrativa que vela por la protección de los datos personales, sino que dichas directivas le brindarán pautas de análisis al juez para revisar si la conducta de la empresa o individuo fue diligente en el caso concreto, pudiendo incluso concluir que, pese a haberse incumplido un lineamiento, ello se encontraba debidamente justificado en razón de sus condiciones particulares. Recordemos que estamos frente al análisis *in concreto* de la culpa, lo cual exige que analicemos las condiciones particulares de los sujetos sin perder de vista el parámetro objetivo de comportamiento deseado.

Habiendo analizado el concepto de culpa y como éste debería aplicarse a la responsabilidad civil por el tratamiento indebido de datos personales, conviene analizar al riesgo como criterio de imputación objetiva de responsabilidad civil.

Como ya se ha desarrollado anteriormente, el riesgo nace como criterio de imputación en respuesta a la industrialización de actividades económicas donde la culpa, por su contenido voluntarista de aquél entonces, no permitía tutelar correctamente todos los nuevos supuestos de daños que aparecían en la realidad. De esta manera, y en la medida que no siempre era posible hallar culpa en los sujetos, se buscó trasladar el coste del daño

a aquellos individuos que se beneficiaban de las actividades riesgosas. Sobre el particular, resultan esclarecedoras las palabras de Pietro Trimarchi:

El principio de la responsabilidad por culpa se muestra, entonces, como insuficiente para resolver el problema de los daños causados con el ejercicio de las industria. No pudiéndose evitar tales daños, se aspira, por lo menos, garantizar el resarcimiento de los mismos, y pareció justo obtener ese resultado haciendo responsable al empresario. Dado que el empresario- se dijo- con la finalidad de conseguir un beneficio, crea o mantiene con vida a la empresa, es él quien debe asumir la responsabilidad por los daños atinentes a la misma. (2015, p. 2).

De esta manera, nace la teoría del riesgo como criterio de imputación de responsabilidad civil, justificando el traslado del coste del daño a partir del concepto de beneficio. Si el empresario había creado los riesgos extraordinarios en su beneficio, entonces era justificado que también asuma el coste de los daños ocasionados a terceros. Esto último, sin embargo, no advierte el hecho que las actividades riesgosas también benefician a la sociedad en su conjunto, por lo que, en estricta aplicación de la teoría bajo comentario, no habría forma de identificar concretamente al responsable del daño. En ese sentido:

(...) [h]ay quien manifiesta que las máximas en mención, vagas, indeterminadas e inciertas, no pueden ser invocadas, por carecer de idoneidad, en el campo de la responsabilidad, ni mucho menos ser consideradas como principios generales del derecho; y quien recuerda que la responsabilidad civil, en la figura bajo examen, se aplica incluso a quienes no obtengan ninguna utilidad o beneficio por el uso, por ejemplo, de una cosa (Fernández & León, 2005, p. 43).

Al advertir estos problemas, la doctrina se volcó a justificar el traslado del coste del daño a partir del concepto de “exposición al peligro”. Desde esta nueva perspectiva, si el sujeto realizaba una actividad que exponía a las personas a un peligro determinado, entonces aquél debía ser responsable por los daños causados por dicha actividad. A la luz de esta teoría, las actividades peligrosas son todas aquellas que la experiencia indique que son generadoras más frecuentes de daños a las personas²⁶. Lo anterior, no obstante, es criticado por Cesare Salvi ya que “(...) se atribuye peculiar y autónoma relevancia a dicho criterio [exposición al peligro] como fuente de responsabilidad, (...) [pese a que dicho concepto], generalmente, [requiere] una calificación ulterior, en el sentido que la actividad resulte anormalmente o altamente peligrosa.” (Citado por Fernández & León, 2005, p. 50).

Al margen que estemos de acuerdo, o no, con las críticas a las teorías del riesgo y exposición al peligro, lo cierto es que ambas han sido incluidas en el art. 1970° del Código Civil como justificativos teóricos para trasladar el coste el daño. De esta manera, en conjunto con la culpa, son los dos (2) grandes criterios de imputación en el régimen de responsabilidad civil extracontractual, lo cual abre el debate respecto a cuál debería ser el criterio de imputación que debe ser utilizado en los casos de responsabilidad civil derivados del indebido tratamiento de datos personales. Cabe precisar que éste debate únicamente se origina en los casos de responsabilidad civil extracontractual.

Sobre el particular, no son pocas las voces que abogan por la aplicación del criterio objetivo²⁷, ya que entienden que el tratamiento de datos personales es una actividad compleja y sumamente riesgosa que es resultado de la denominada tercera revolución industrial. Por ello, hace sentido

que el criterio de responsabilidad civil aplicable sea el objetivo en tanto incentivaría a que las empresas prevengan los costes de su actividad y puedan tomar las mejores medidas posibles para mitigar el daño que pudiese generarse en los titulares de datos personales (Lujan, 2017, p. 23).

Ciertamente, consideramos válido que el criterio objetivo sea el aplicable a la responsabilidad civil derivada del indebido tratamiento de datos personales, ya que ello obedece a la realidad económica que subyace a este tipo de casos. Si partimos de la idea que la actividad humana es el centro de análisis, sea que hablemos de responsabilidad subjetiva u objetiva, debemos admitir que cada sujeto tiene la posibilidad de manejar su actividad a efectos de prevenir la ocurrencia de daños. En ese sentido, al irrumpir un daño, se debe verificar quien ha estado en mejor posibilidad de prevenirlo a fin de determinar cuál sería el criterio de imputación a emplearse.

Por lo tanto, si el ordenamiento jurídico solo le exige a un sujeto determinado el tomar las precauciones necesarias para evitar el evento dañoso (prevención unilateral), entonces es social y económicamente eficiente el traspaso de los costes del daño, bajo un criterio objetivo, al sujeto que puede prevenirlo. No obstante, si el evento dañoso se ha dado por la negligencia y la falta de prevención de los dos sujetos a los cuales se les exige prevención (prevención bilateral), entonces será eficiente trasladar el coste económico a aquel individuo cuya conducta ha sido la causante directa del daño bajo el criterio de culpa²⁸.

En virtud de ello, consideramos que es económicamente eficiente que el criterio de imputación aplicable a la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de datos personales, bajo el régimen de responsabilidad civil extracontractual,

26 Sobre el particular, véase Buendía, E. (2016).

27 Véase Orzabal, J. (1994).

28 Sobre el particular, véase Fernández, G. (2005) y Mendoza, G. (2015).

sea el de riesgo, pues sólo a los tratantes de los datos se les exige un comportamiento preventivo de daños. Es por ello que, en este tipo de casos, no se deba analizar la culpa de los causantes del daño, en tanto ello pierde relevancia al estar frente a una actividad riesgosa y en la cual sólo puede tomar precauciones uno de los sujetos involucrados.

Con todo, podemos concluir que el criterio de imputación aplicable a los casos de responsabilidad civil por tratamiento indebido de los datos personales será tanto la culpa como el riesgo, siendo que la aplicación de uno u otro dependerá del régimen de responsabilidad civil aplicable al caso en concreto.

4. Conclusiones

Como hemos tenido oportunidad de desarrollar en el presente artículo, la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de los datos personales se realiza a partir de lo regulado en el Código Civil, en tanto la normativa que regula la protección de dichos datos no brinda un régimen especial sobre el particular. De esta manera, dependiendo del caso concreto, serán aplicables las normas del régimen de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones o extracontractual.

Dicho esto, hemos visto que el indebido tratamiento de datos personales genera un daño no patrimonial que es indemnizable *in re ipsa*, por lo que no se requiere una afectación patrimonial a la esfera jurídica del titular de los datos para que opere la tutela resarcitoria. Sin perjuicio de ello, no se descarta que existan daños materiales derivados del indebido tratamiento de datos personales, lo cual obliga a la víctima a tener que probar su existencia a efectos que el juez le conceda la indemnización correspondiente.

En relación al hecho generador, hemos visto que el mismo es el tratamiento indebido de los datos

personales, siendo que su nexo causal con el daño puede probarse de mejor manera con una resolución sancionadora de la DGPPD. Esto en la medida que el daño se encuentra indisolublemente unido a la vulneración efectiva del derecho fundamental a la protección de los datos personales, sin perjuicio que también facilita la identificación efectiva de causantes y los hechos generadores involucrados.

La particular naturaleza de la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de los datos personales hace que el criterio de imputación varíe si estamos en un caso de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones o extracontractual. Así, si estamos en el primer caso, el criterio de imputación aplicable será la culpa, mientras que en el segundo caso será el riesgo.

Cabe resaltar que las conclusiones arribadas en el presente texto no pretenden ser absolutas, en tanto han sido escritas con la finalidad de brindar algunas pautas que arrojen luces sobre la forma en que, consideramos, debería analizarse la responsabilidad civil en estos casos.

Bibliografía

- Alpa, G. (2016). *La Responsabilidad Civil – Parte General*. Legales Ediciones.
- Banfi, C. (2014). Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 41(1), 37-58. Recuperado de scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v41n1/art03.pdf.
- Buendía, E. (2013). Itinerario mínimo sobre la responsabilidad del equipo médico en la Ley General de Salud. *Actualidad Jurídica*, (236), 67-76.

- Buendía, E. (2014). De la responsabilidad a la cuantificación de los daños. Mecanismos de medición del daño moral en las relaciones de trabajo y la equidad como criterio para cuantificar los daños. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, junio (12), 167-179.
- Buendía, E. (3 de diciembre 2016). *¿Cómo resolver un caso de responsabilidad civil? II parte*. Ius 360. Recuperado el 8 de mayo del 2021 de ius360.com/como-resolver-un-caso-de-responsabilidad-civil-ii-parte/
- Bullard, A. (2005). Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. *Themis*, (50), 217-236.
- Calvo, C. (2005). El Daño Resarcible. *Hammurabi*.
- Campos, H. (2012). El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano: Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho. *Ius Et Veritas*, (45), 210-227.
- Castillo, M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *Themis*, (66), 209-220.
- Castro, K. (2008). El derecho fundamental a la protección de datos personales: aportes para su desarrollo en el Perú. *Ius Et Veritas*, (37), 261-276.
- Colin, A. & Capitant, H. (1943). *Curso Elemental de Derecho Civil*. Editorial Reus.
- Corsaro, L. (2002). *Neminem laedere y derecho a la integridad*, trad. del italiano por León, L. *Proceso y Justicia*, (3), 146-166.
- De Cossio, A. (1966). La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del derecho español. *Anuario de Derecho Civil*, XIX, 527-554. Recuperado de www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1966-30052700554.
- De Trazegnies, F. (2005). La responsabilidad extracontractual en la historia del derecho peruano. *Themis*, (50), 207-216.
- De Trazegnies, F. (2011). ¿Igualando lo desigual? *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, (1), 17-41.
- Eguiguren, F. (2015). El Derecho a la Protección de los Datos Personales. Algunos temas relevantes de su regulación en el Perú. *Themis*, (67), 131-140.
- Elorriaga De Bonis, F. (2010). Los Daños Corporales y sus consecuencias. En Vega, Y. & García, D. (Co.), *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI* (113-162). IDEMSA.
- Espinoza, J. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Rodhas.
- Fernández, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. *Ius Et Veritas*, (22), 11 – 33.
- Fernández, G. (2005). De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano). *Themis*, (50), 237-272.
- Fernández, G. (2014). La dimensión Omnicomprensiva del Daño No Patrimonial. En

- Ponencias del V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial. *Ius Et Veritas*.
- Fernández, G. & León, L. (2005). La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. *Derecho PUCP*, (58), 9-75.
- Franzoni, M. (1999). La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. *Ius et Veritas*, (18), 68-87.
- Figari, H. & Quiroz, M. (2012). La protección de datos personales: una herramienta para promover la inversión. *Themis*, (61), 125-140.
- García, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Derecho y Sociedad*, (51), 13-31.
- Goldenberg, I. (1989). La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- León, L. (2004). *La Responsabilidad Civil*. Editora Normas Legales.
- León, L. (2007). La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas, *Jurista Editores*.
- Linares, D. (2017). ¿El dinero cura todas las heridas? Me parece que no. Reflexiones sobre el daño moral. *Themis*, (71), 257-271. <https://doi.org/10.18800/themis.201701.017>
- Lujan, L. (2017). Responsabilidad de la empresa en el acceso indebido de datos a ficheros morosos. *Revista para el análisis del derecho*, (3), 2-36.
- Mendoza, G. (2015). La responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos. En *Reflexiones en torno al Derecho Civil: A los 30 años del Código (502-526)*. *Ius Et Veritas*.
- Morales, R. (2013). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Derecho PUCP*, (71), 53-75. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.003>
- Orzabal, J. (1994). Bases de datos, privacidad y responsabilidad civil. *Informática y Derecho*, (4), 137-144.
- Pedreschi, W. (2003). Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador. En *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Segunda Parte (497-558)*. ARA Editores.
- Planiol, M. & Ripert, J. (1940). *Derecho Civil Francés*. Cultural.
- Remolina, N. (2013). Tratamiento de Datos Personales: aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012. Colombia: LEGIS.
- Rodotá, S. (1978). El Papel de la culpa en el sistema actual de responsabilidad civil. *Responsabilità civile e provvidenza*, Vol. XLIII, 3-8. Traducción de Leysser León.
- Rubí, A. (2018). Daños por infracciones del derecho a la protección de los datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD. *Revista de Derecho Civil*, 5 (4), 53-87.

- Seuba, J. (2012). Algunas cuestiones relacionadas con la cuantificación de los daños. *Ius Et Veritas*, (45), 46-53. Recuperado de
- Solarte, A. (2015). La Responsabilidad Civil y equidad en el Código Civil peruano de 1984. En Borda, G, et al., *Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil* (pp. 271-306), Gaceta Jurídica.
- Taboada, L. (2003). Elementos de la Responsabilidad Civil. Grijley.
- Tamayo, J. Clasificación de los daños y perjuicios. En Borda, G, et al., *Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil* (pp. 197-270), Gaceta Jurídica.
- Trimarchi, P. (2015), Riesgo y responsabilidad objetiva. Traducción de Leysser León. Materiales de enseñanza del Curso de Responsabilidad Civil 2015-2, 1-5.
- Vidal, F. (2001). La Responsabilidad Civil. *Derecho PUCP*, (54), 389-399.
- Visintini, G. (2015). Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil. Traducción de Leysser León. Ara Editores.
- Zatti, P. (2005). Las situaciones jurídicas. Traducción de Contreras, V. y Mendoza del Maestro, G. *Revista Jurídica del Perú*, (64), 358-388.