

APUNTES SOBRE EL DERECHO, LA ACCIÓN Y EL PROCESO DE HÁBEAS DATA A DOS DÉCADAS DE SU CREACIÓN

Oscar R. PUCCINELLI*

En honor a la persona y a la trayectoria de Héctor Fix-Zamudio

SUMARIO: I. *Introducción. Derechos “de” y “a” la protección de datos y acción de hábeas data.* II. *El derecho y la acción de hábeas data en las Constituciones latinoamericanas.* III. *Regulaciones específicas de la acción y del proceso de hábeas data.* IV. *Hacia una regulación ideal del hábeas data.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN. DERECHOS “DE” Y “A” LA PROTECCIÓN DE DATOS Y ACCIÓN DE HÁBEAS DATA

Dimensionar correctamente la temática que abordaremos, en concreto la del novel instituto conocido como “hábeas data”, requiere establecer primeramente una clara distinción entre esta acción procesal constitucional; el o los derechos de fondo que puede albergar y el o los procesos aptos para vehicularla. Y a fin de seguir un orden lógico, comenzaremos por abordar el derecho que —aun sin haber conseguido al momento de la creación de la figura del hábeas data la autonomía que hoy ostenta— le da fundamento primordial.

* Doctor en Derecho constitucional por la Universidad de Buenos Aires; profesor de Derecho constitucional por la Universidad Nacional de Rosario; profesor de Derecho procesal constitucional y transnacional, Universidad Nacional de Rosario; conjuer de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario; vicepresidente del Instituto de Derecho Procesal Constitucional del Colegio de Abogados de Rosario.

Iniciando por un análisis retrospectivo, cabe apuntar que el derecho a controlar la información personal contenida en sistemas de información (bases y bancos de datos, archivos, ficheros, registros, etcétera) encuentra, según Spota,¹ su primer antecedente constitucional en el artículo 129 de la Constitución de Weimar de 1919, que en su tercer y cuarto párrafos dispuso:

... Todo funcionario debe tener un recurso contra la decisión disciplinaria que le afecte y la posibilidad de un procedimiento de revisión. Los hechos que le son desfavorables no deben ser anotados en su expediente personal sino después de haberle dado ocasión de justificarse respecto a ellos.

El funcionario tiene derecho a examinar su expediente personal.²

Desde luego, este reconocimiento de un derecho de acceso limitado a los funcionarios públicos y a su información personal contenida en sus legajos —que es otorgado en definitiva para asegurarles a aquellos una suerte de “debido proceso” en la formación de sus antecedentes administrativos laborales—, sólo puede ser considerado un antecedente embrionario de lo que varias décadas más tarde —previo paso y escisión del derecho a la intimidad primero y del derecho a la autodeterminación informativa³ después— se conocerá como “derecho a la protección de datos”, pues, tal como lo explica Estadella Yuste:

¹ Así lo explicó Spota, Alberto A., *Segundas Jornadas Nacionales sobre Temas Constitucionales Relevantes: El amparo después de la reforma constitucional*, Rosario, Argentina, 1/9/95.

² Texto en castellano según traducción realizada en la obra *Las nuevas constituciones del mundo*, 2a. ed., Madrid, Editorial España, 1931, p. 82.

³ Este rótulo fue utilizado, en el plano jurisprudencial, por el Tribunal Constitucional alemán, que al apreciar la vigencia de un derecho a la autodeterminación informativa, sostuvo que éste “concede las siguientes facultades, enunciadas como verdaderos deberes de los organismos públicos en cuyo seno se proceda a la recogida y tratamiento de datos que puedan afectar a la intimidad personal de los sujetos interesados: a) Deber de aclaración e ilustración. b) Deber de destruir las características que sirven para identificar a las personas en cuanto sea posible, que hasta ese momento deberán conservarse, bajo llave, separadas del resto de los datos. c) Deber de adoptar medidas para evitar en lo posible los conflictos de intereses que pudieran surgir en este ámbito. d) Por último, el propio legislador habrá de preocuparse de que el contenido del formulario utilizado para la obtención de los datos en cuestión se ajuste a lo que él mismo haya previsto” (Cfr. Pomed Sánchez, Luis Alberto, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1989, p. 274).

este nuevo derecho pertenece al contexto de la era informática, y ciertamente resulta atrevido afirmar que la reciente y compleja disciplina legal estuviera ya implícita en las referencias generales al derecho a la intimidad inserta en cuerpos normativos de ámbito nacional o internacional de la era preinformática, pese a que la existencia de los rudimentarios sistemas de registro propios de la etapa anterior al advenimiento de las computadoras ya auguraba los riesgos que un fichero con datos incompletos, falsos o utilizados para un propósito diferente para el cual se habían recogido podía tener en la persona afectada.⁴

Es que recién con el advenimiento de la era informática, y especialmente debido al vertiginoso desarrollo de la telemática se produjo —a la par de innumerables beneficios— un notorio agravamiento de la potencialidad dañosa de las operaciones de tratamiento (acceso, registración, elaboración, transmisión a terceros, etcétera) de datos de carácter personal. Tal situación desembocó, especialmente en las tres últimas décadas del siglo XX y en lo que va del nuevo siglo, en un impresionante despliegue normativo, doctrinal y jurisprudencial tendiente a neutralizar, en la mayor medida posible, tales efectos perniciosos, a punto tal que nos permite actualmente aludir a una nueva disciplina —no exclusivamente jurídica, pues tiene mucho de interdisciplinariedad—: el “derecho *de* la protección de datos”, cuyo importante desarrollo proviene del reciente reconocimiento de ese nuevo derecho “*a* la protección de datos”, el que a través del tiempo ha recibido diferentes denominaciones —entre ellas, las de: “libertad informática”, “intimidad informática”, “derecho a la autodeterminación informativa (o informática)”, *information control*, *data protection*, *datenschutz*, *hábeas data*, etcétera—.

En síntesis, el derecho *de* la protección de datos está integrado por un conjunto de normas y principios que, destinados específicamente o no a tal fin, y con independencia de su fuente, son utilizados principalmente para la tutela de los diversos derechos de las personas —individuales o jurídicas— que pudieran verse afectados por el tratamiento de datos de carácter personal. A este respecto, Hondius ya sostenía tempranamente —en un concepto claramente gestado en la época de las leyes de protec-

⁴ Estadella Yuste, Olga, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 25.

ción de datos de la primera generación, ligadas a la intimidad— que la “protección de datos” es “aquella parte de la legislación que protege el derecho fundamental de libertad, en particular el derecho individual a la intimidad respecto del procesamiento manual o automático de datos”.⁵ Este concepto se fue enriqueciendo con el transcurso del tiempo y de los acontecimientos, y como lo que expresa Pérez Luño —en versión actualizada a las leyes de protección de datos de tercera generación—: “la protección de datos personales tendría por objeto prioritario asegurar el equilibrio de poderes *sobre* y la participación democrática *en* los procesos de la información y la comunicación a través de la disciplina de los sistemas de obtención, almacenamiento y transmisión de datos”,⁶ por lo que tutelaría “el conjunto de bienes o intereses que puedan ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas identificadas o identificables”.⁷

Y paralelamente, el derecho *a* la protección de datos, en definitiva, refleja la facultad con que cuenta toda persona para actuar *per se* y para exigir la actuación del Estado a fin de que se brinde tutela efectiva a esa pluralidad de derechos en juego ante el tratamiento de sus datos de carácter personal, a través de esas herramientas que debe poner a su disposición el derecho *de* la protección de datos.

Pero, como se dijo, hay otras voces que se han utilizado para rotular a este nuevo derecho. Así, Westin, bajo la denominación similar *information control*, define a ésta como “el derecho de los individuos, grupos e instituciones para determinar por sí mismos cuándo, cómo y con qué extensión la información acerca de ellos es comunicada a otros”. Fried, bajo el mismo rótulo y en la intención de superar la definición de Westin, entendió que “es el control de la información sobre uno mismo, o la habilidad individual de controlar la circulación de la información referente

⁵ Hondius, F., “A Decade of International Data Protection”, *Netherlands of International Law Review*, vol. 30, núm. 2, 1983, p. 105.

⁶ Cfr. Zúñiga Urbina, Francisco, “El derecho a la intimidad y sus paradigmas”, *Ius et Praxis*, Chile, año 3, núm. 1, 1997, “Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”, pp. 300 y 301.

⁷ Pérez Luño, Antonio E., “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en Losano, Mario *et al.*, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, CEC, 1989, p. 139.

a la persona”.⁸ Y el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) de Karlsruhe, en un célebre caso de 1983⁹ sobre la ley de censo de la población¹⁰ reconoció la existencia de un “derecho a la autodeterminación informativa” (*recht auf informationelle selbstbestimmung*),¹¹ que es, en concreto, aquél que tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; controlar su calidad, lo cual implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión.¹²

⁸ Ambas definiciones pueden encontrarse en *op. cit.*, nota 4, p. 27, donde remite a Westin, *Privacy*, p. 7, y “The Control of Information About Oneself” o “The Individual’s Ability To Control the Circulation of Information Relating Him”, Ch. Fried, “Privacy: Economics and Ethics”, *GLR*, vol. 12, núm. 3, 1978, p. 423. A Miller, *The Assault on Privacy*, 1971, p. 395.

⁹ Sentencia publicada en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional de España*, 1984, núm. 33, pp. 152 y 153, y referida, entre muchos otros por Pérez Luño, Antonio E., “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en Mario Losano *et al.*, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, CEC, 1989, p. 140, citado en *Hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento: normatividad vigente*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 12.

¹⁰ El caso se originó a partir de la impugnación de una ley de censo por la que se pretendía obtener información excesiva sobre la población (nombres, apellidos, dirección, teléfono, sexo, fecha de nacimiento, ideología política, religión, nacionalidad, tipo de convivencia con otras personas, domicilio, clase de trabajo, ingresos, profesión, duración del periodo de estudios, dirección del trabajo, medios de locomoción utilizados para ir al trabajo, tiempo promedio utilizado para ese recorrido, duración de la jornada laboral, clase, extensión, dotación y usos de la vivienda, número y uso de las habitaciones, cuantía de los alquileres mensuales), previendo sanciones ante cualquier reticencia respecto de la información requerida.

¹¹ No hay consenso doctrinal respecto de la correcta traducción de esta voz; la más difundida es “autodeterminación informativa”, aunque algunos la traducen como “autodeterminación informática” o como “autodeterminación informacional”.

¹² El tribunal construyó este derecho desde el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la ley fundamental de la República Federal de Alemania, en concreto el valor y la dignidad de la persona, a partir del cual ésta queda habilitada para actuar con autodeterminación al formar parte de una sociedad libre, por lo que, de la dignidad y de la libertad deriva la facultad de la persona de “deducir básicamente por sí misma, cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida”. Un orden social y un orden jurídico en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe sobre él... menoscabaría las oportunidades del desarrollo de la personalidad individual, y también el público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos.

Con la denominación “libertad informática”, Pérez Luño alude a un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación, que tiene por finalidad “garantizar la facultad de las personas de *conocer y acceder* a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; *controlar* su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y *disponer* sobre su transmisión”,¹³ y Lucas Murillo refiere a ella como “el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”.¹⁴ Este concepto de libertad informática tiene como desventaja su equívocidad, pues a nuestro criterio por ella se debiera significar aquella proyección del principio-valor “libertad” que, aplicado a la actividad informática, se traduce en el derecho de los operadores de estos sistemas de coleccionar, procesar y transmitir toda la información cuyo conocimiento, registración o difusión no esté legalmente restringido por motivos razonables, fundados en la protección de los derechos de las personas o en algún interés colectivo relevante que justifique tal limitación (en similar inteligencia se ha expresado Cifuentes).¹⁵

Como se advierte con lo explicado hasta el momento, salvo por la distinta concepción que tenemos sobre lo que debe entenderse por “libertad informática”, y por la disímil naturaleza (derecho o garantía) que se le otorga al hábeas data, las diferencias entre los distintos términos mencionados son sutiles, pero igualmente ninguno de ellos refleja con precisión el contenido del nuevo derecho al que aludimos, por lo que, personalmente, preferimos adoptar la expresión “derecho a la protección de datos”.

En esa sentencia, el tribunal superó los parámetros anteriores vinculados a la teoría de las esferas, consagrando la tesis de que ya no existían datos sin interés, sino que todos merecían protección en tanto sirvieran para configurar una radiografía de los ciudadanos” (Gils Carbó, Alejandra M., *Régimen legal de las bases de datos y hábeas data*, p. 14).

¹³ Pérez Luño, Antonio E., op. cit., nota 9, p. 12.

¹⁴ Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 33, cit. por Armagnague, Juan Fernando, *Protección del administrado*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 173 y 174.

¹⁵ Santos Cifuentes, *Derecho personalísimo a los datos personales*, “L.L.”, 1/10/97, p. 3, y *Protección inmediata de los datos privados de la persona. Hábeas data operativo*, “L.L.” 1995–E–293.

Así entonces, y aun admitiendo las definiciones dadas por la doctrina a los términos precitados (esto es, como sinónimo de autodeterminación informativa, *information control*, hábeas data y libertad informativa), proponemos mantenerlo como rótulo genérico por tener la aptitud mencionada para englobar todas las otras denominaciones y conceptos —con lo cual el derecho a la autodeterminación informativa bien podría ser una especie de él—, y por haber sido así receptado en las principales normas internacionales sobre la materia, para evitar ambigüedades en el manejo de este vocablo,¹⁶ aún cuando advertimos que pese a que ciertamente no se mejora de manera sustancial el panorama desde esta perspectiva lexical —toda vez que pareciera tender como fin último a la protección de los datos en sí, cuando en realidad el fin último es la tutela de otros bienes jurídicos a través de la protección de datos—, y que por ello deben ser sometidos a un régimen particular protectivo.

Desde luego, ni el derecho *de* la protección de datos, ni el derecho *a* la protección de datos se reducen, como pareciera sugerir su rotulación, a la mera protección de los datos en sí, sino que son mediales, esto es, meros instrumentos para la tutela de otros bienes jurídicos, entre los cuales están implicados tanto principios rectores de los derechos humanos libertad, dignidad e igualdad, como múltiples derechos fundamentales (intimidad, identidad, honor, propiedad sobre los datos, etcétera),¹⁷ pero pese

¹⁶ Como se ha indicado, con tal objetivo “la norma básica del Consejo de Europa en esta materia se ha enunciado como Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. (Ekmekdjian, Miguel A. y Calogero Pizzolo, *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 6).

¹⁷ En este sentido, en el *leading case* “Urteaga”, la Corte Suprema de Justicia argentina advirtió acerca de la multiplicidad de bienes jurídicos que son tutelables por la vía del hábeas data, como por ejemplo, puede leerse en el considerando 10 del voto del ministro Petracchi, lo siguiente: “Que el instituto del hábeas data está entrañablemente vinculado al derecho a la intimidad, como un instrumento destinado a evitar injerencias extrañas en la vida privada, pero también a fin de proteger el honor, el derecho a la identidad y a la propia imagen (*cf.*, entre otros, Hassemmer, Winfried, Chirino Sánchez, Alfredo, *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Buenos Aires, 1997, pp. 32 y ss.; Pérez Luño, *op. cit.*, nota 9; Espinar Vicente, José María, “La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor”, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, pp. 36 y ss., 46 y ss.; Bidart Campos, Germán, *El derecho de petición, de acceso a la información y el recurso de insistencia en el derecho colombiano*, E.D. 166-41).

a ello conservan su categoría de derechos, pues no alcanzan a reunir las notas típicas de la moderna concepción de las garantías. Ello es así, pues pese a que muchos de los denominados “derechos” que poseen tal carácter instrumental son en realidad garantías, en virtud de constituir en sí el medio técnico de tutela de ciertos derechos para cuya protección han sido creados (por ejemplo el “derecho de réplica” y el “derecho de huelga”), en este caso el derecho a la protección de datos contiene reglas de fondo propias y es tutelable a través de ciertas garantías específicamente creadas para ello (por ejemplo institucionales, como la Comisión Nacional de Informática y Libertades francesa, o procesales, como el hábeas data brasileño).

En este sentido, resulta clarificador lo señalado por Bidart Campos:

Dentro del ámbito tutelar de los derechos personales, y en afinidad con las garantías clásicas frente al Estado, hay “derechos” denominados tales que, en rigor, sirven y se usan para la defensa de otros derechos; a aquellos denominados derechos que se dirigen a proteger otros derechos se les asigna la categoría y naturaleza de garantías.

...Por otro lado, también interesa captar que hay en el rubro clásico de los derechos, algunos llamados tales y definidos como tales que, por servir para defensa y tutela de otros derechos, exhiben un rostro garantizador y una semejanza con las garantías personales.

En este último caso —ejemplo de los derechos de huelga y de réplica—, sugerimos una alternativa: a) o decir que son realmente derechos cuyo ejercicio ampara a derechos distintos, con lo que entre los derechos habría que computar una categoría enderezada a no agotar un derecho en su propio ejercicio sino a verlo como instrumento “garantizador” de otro u otros derechos; b) o decir que no son realmente derechos aunque así se los apodee y se los incluya en el rubro de los derechos, sino que son verdaderas garantías en cuanto mecanismos protectores de derechos.¹⁸

En síntesis, puede decirse sin dudar que ambos derechos (“de” y “a” la protección de datos) tienen como objeto inmediato la protección de los datos, pero como fin último, la tutela de un plexo de bienes jurídicos que son específicamente atacados por el tratamiento de datos, y que se pre-

¹⁸ Bidart Campos, Germán J., *Repensando las garantías constitucionales*, “L.L.” 1991-B-977/8.

tende con su creación brindar una tutela especial a las personas —físicas y jurídicas— frente a las afecciones a los derechos fundamentales que pudieran sufrir éstas a partir del tratamiento de datos.

También puede afirmarse que la “autodeterminación informativa” sería entonces un aspecto, necesariamente parcial, del derecho a la protección de datos, y el “hábeas data” su garantía, su instrumento procesal, que no alcanzaría como medio tutelar al derecho a la protección de datos, pues éste incluye aspectos que exceden a las posibilidades del accionar judicial por la vía sumarísima y contradictoria del hábeas data.¹⁹

En cuanto al contenido de este derecho “a” la protección de datos, se integra con una serie de principios que son establecidos para el tratamiento de datos con el fin de cautelar los bienes jurídicos especialmente protegidos por intermedio de aquél²⁰ y también con ciertos derechos “es-

¹⁹ Así, como lo indica Pérez Luño, la libertad informática o el derecho a la autodeterminación informativa supondrían la incidencia en la esfera subjetiva de la protección de datos, es decir, la garantía de unas facultades de conocimiento, acceso y control de las personas respecto a las informaciones que les conciernen (*Cfr.* Zúñiga Urbina, Francisco, *op. cit.*, nota 6).

²⁰ En relación con los principios, las primeras normas europeas sobre datos personales, previo a otorgar las facultades conferidas, coincidían en los siguientes principios: *a*) el de la justificación social, según el cual la recolección de datos debe tener un propósito general y usos específicos socialmente aceptables; *b*) el de limitación de la recolección, el cual estatuye que los datos deben ser obtenidos por medios lícitos, es decir, con el conocimiento y consentimiento del sujeto de los datos o con autorización legal, y limitarse al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido por la recolección; *c*) el de calidad o fidelidad de la información, que implica la obligación de conservar los datos exactos, completos y actuales; *d*) el de especificación del propósito o la finalidad de la recogida, tratamiento y transmisión, para que los datos no sean usados con fines diferentes; *e*) el de confidencialidad, conforme al cual el acceso de terceros a los datos debe tener lugar con el consentimiento del sujeto o con autorización legal; *f*) el de salvaguarda de la seguridad, por el cual el responsable del registro de datos personales debe adoptar medidas adecuadas para protegerlos contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado; *g*) el de política de apertura, que implica asegurar el conocimiento, por parte del público, de la existencia, fines, usos y métodos de operación de los registros de datos personales; *h*) el de limitación en el tiempo, que entraña su conservación hasta que sean alcanzados los fines perseguidos; *i*) el de control público, que implica la necesaria existencia de un organismo responsable de la efectividad de los principios contenidos en la legislación; *j*) el de participación individual, que consagra el derecho de acceso a los datos y los derechos conexos. Por excepción, estos principios han sido incorporados a nivel constitucional de manera expresa en la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina) al regular el hábeas data (Correa, Carlos M. *et al.*, *Derecho informático*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 257-262).

pecíficos” otorgados al sujeto a partir de tales principios,²¹ y ciertas garantías concretamente diseñadas para la tutela de tales principios y derechos, dentro de las cuales se encuentra la acción de hábeas data, que se desarrolla a través de un cauce procesal que, cuando no es autónomo, se lo liga al hábeas corpus, al amparo o a ambos.

Así las cosas, y a fin de utilizar un concepto capaz de englobar conceptualmente la totalidad de las voces utilizadas hasta el presente, aparece como más apropiado optar por el rótulo “derecho a la protección de datos”, que por lo demás es el que ha obtenido un reconocimiento normativo progresivo. Y si bien es cierto que éste nació inicialmente ligado al derecho a la intimidad y no recibió precisamente tal denominación (por ejemplo leyes europeas de la década de 1970 y Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aprobado en 1981), gradualmente se fue escindiendo (por ejemplo Directiva Europea 95/46, para la protección de datos personales, de 1995 y nuevas leyes europeas dictadas en su consecuencia), para adquirir su actual perfil y denominación, la que se adopta homogéneamente para toda Europa a partir de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“Declaración de Niza”), de 2000, que reconoce expresamente en su artículo 8o. el derecho a la protección de datos de carácter personal, del siguiente modo:

²¹ Tales principios, como se dijo, luego se proyectan en una serie de potestades que no deben ser consideradas limitativas de otras no enumeradas. Al respecto, indica Cifuentes que “multiplicadas y no taxativas son las facultades de la persona para reaccionar, frente al manejo y apropiación del derecho a los datos personales. Así, en rápido *racconto*, se nos ha dicho que el sujeto puede exigir, que: se le dé conocimiento de la información guardada por la entidad colectora; se la corrija si tiene errores; se la actualice si figura con antecedentes históricos no correspondientes a la personalidad del presente; se la suprima y haga cesar si ya no tiene sentido preservarla en la base de datos; se impida su publicación y se la mantenga en reserva, salvo en ciertos archivos que por intereses públicos y de terceros tiene que subsistir con los resguardos del caso (exigencia, por ejemplo, de un interés jurídico actual para conocerlos); que haya un verdadero interés social para la recolección; tratándose de datos confidenciales y sensibles, limitar al mínimo indispensable la incorporación a los registros; reclamar y hacer cesar la obtención por medios ilícitos o ilegítimos; que se disponga la cancelación oportuna de los transitorios; exigir el anonimato, cuando los fines son puramente estadísticos o de índole similar; que esos fines estén justificados en la ley; que se pueda identificar al que colecciona los datos, se establezcan sus propósitos y los métodos y prácticas que realiza; y, desde ya, que cese toda infracción, se suprima toda amenaza y se paguen los daños y perjuicios que las acciones antijurídicas con los datos han ocasionado” (Santos Cifuentes, *Derecho personalísimo a los datos personales*, “L.L.”, 1/10/97, p. 3).

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

Del mismo modo, en el ámbito regional americano, se lo utiliza bajo esta denominación unificada desde la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra”, suscripta en esa ciudad boliviana en noviembre de 2003 por 21 jefes de Estado y de gobiernos iberoamericanos, instrumento en el que se reconoció la autonomía y el rango de derecho fundamental del derecho a la protección de los datos de carácter personal y se destacó la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas, al establecerse:

1. Los jefes de Estado y de gobierno de los 21 países iberoamericanos, reunidos en la XIII Cumbre Iberoamericana en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, ...⁴⁵. Asimismo, somos conscientes de que la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas y destacamos la importancia de las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los ciudadanos, contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Iberoamericana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad.

Ahora bien, un concepto que requiere ser claramente diferenciado del “derecho a la protección de datos” es precisamente el de “hábeas data”, bajo el cual en Indoiberoamérica se refiere casi unívocamente a la acción procesal constitucional pergeñada para acceder judicialmente, de manera rápida y eficaz, a los datos de carácter personal contenidos en bancos públicos y privados de datos, y eventualmente para operar sobre ellos o sobre la forma en que son sometidos a tratamiento. Y decimos casi unívocamente, pues parte de la doctrina y jurisprudencia españolas²² y particu-

²² En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha utilizado el término hábeas data en sentencias relacionadas con la temática de la protección de datos (por ejemplo en la Sentencia núm. 254 de 1993, donde puede leerse: “La «libertad informática», reconocida por el artículo 18.4 de la Constitución, ya no es la libertad de negar información so-

larmente la Corte Constitucional de Colombia y la doctrina colombiana en general, llaman de este modo no a la acción ni al proceso, sino al derecho autónomo y fundamental que permite a toda persona conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ella hayan sido consignadas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas, en defensa de sus derechos fundamentales,²³ y, según explica Danilo Doneda, “el término hábeas data fue utilizado por Firmín Morales Prats en 1984, por Vittorio Frosini en 1981, por Spiros Simits y Stefano Rodotà en los años setenta y por primera vez hasta donde he revistado, por Steven Weber en un artículo publicado en la *U.S.F. Law Review* de la serie 1970-1971”.²⁴

II. EL DERECHO Y LA ACCIÓN DE HÁBEAS DATA EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

Contrariamente a lo que podría suponerse, la aparición de la acción de hábeas data en el escenario latinoamericano no derivó de la necesidad de brindar una regulación específica frente al desarrollo telemático de la región, ni de la de dar un marco de tutela adecuado al derecho a la protección de datos. Antes bien, significó una respuesta de los constituyentes frente a la subsistencia de ciertas prácticas persecutorias vivenciadas en sus países durante los procesos militares típicos de la década de los años ochenta.

bre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático: lo que se conoce con el nombre de hábeas data. Tales son las ideas generalmente admitidas hoy entre los juristas y en el derecho comparado, que ofrece una de las vías para delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental [STC 11/1981 (RTC 1981\11)]. Desde esta perspectiva puede afirmarse que el derecho a la intimidad del solicitante de amparo ha quedado vulnerado en su contenido esencial por la negativa de la Administración a permitirle todo acceso a los datos a él referentes contenidos en archivos públicos automatizados, datos que por el mero hecho de encontrarse en un fichero público el demandante tenía derecho a controlar, pues una norma con rango de Ley así se lo reconoce, sin necesidad de esperar a ulteriores desarrollos legislativos o reglamentosarios”).

²³ Sentencia T-094/95. Explica Nelson Remolina Angarita que, pese a que en la Constitución el término hábeas data no fue incorporado, en las comisiones redactoras de la Constitución de 1991 se utilizó dicho término, y también se lo consideró legislativamente, al redactarse el numeral 6 del artículo 42 del decreto 2591 de dicho año (opinión volcada en la lista www.habeasdata@gruposyahoo.com.ar).

²⁴ Su opinión en la lista www.habeasdata@gruposyahoo.com.ar.

Para confirmar esta afirmación basta con echar un vistazo sobre las primeras normas constitucionales dictadas en los periodos de *iure* retomados en las últimas dos décadas, donde la preocupación de los constituyentes se centró especialmente en la prevención de conductas discriminatorias que pudieran provenir de informaciones almacenadas por el Estado, en especial, las relativas a ideología.

Tal el caso de la Constitución de Guatemala de 1985, que dispuso:

Artículo 31. Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

Esta norma (que no sufrió modificaciones en la reforma constitucional de 1993) reconoce en su primer tramo básicamente el derecho de toda persona a urgar en los registros estatales que almacenen datos de carácter personal, a fin de, por un lado, determinar su contenido y el objetivo que motivó la creación del registro que los contiene; y, por el otro, ejercer algunos de los derechos conexos al derecho de acceso, limitándolos básicamente a dos, que incluso pueden reducirse a uno (rectificación —asimilable a corrección— y actualización —que también, en definitiva, es una suerte de rectificación de un dato perimido pero no caduco—). Asimismo, en su segundo tramo, y ya tratando específicamente de prever situaciones persecutorias fundadas en la ideología de las personas, prohíbe tratar datos de filiación política, con la obvia excepción de las autoridades electorales y de los partidos políticos, a quienes los habilita a su tratamiento por ser necesarios para el ejercicio de sus funciones propias.

La regla —que se limita a las actividades perjudiciales que pueda realizar el Estado—, pese a otorgar al registrado ciertas facultades de acceso y modificación de los datos inexactos o desactualizados, no prevé ningún tipo de mecanismo de control estatal —ni administrativo ni judicial— frente a la negativa o reticencia en informar o realizar las operaciones consecuentes. Tampoco establece sanción expresa para quienes incum-

plan esa previsión ni para quienes formen archivos con datos referentes a ideología fuera de los autorizados por ella.²⁵

De distinto modo —pero partiendo también de la idea de prevenir persecuciones que puedan originarse en el acceso a información personal vinculada con la ideología de los habitantes—, la Constitución del Brasil de 1988 será la que regulará por primera vez una garantía específica, también dirigida preponderantemente a prevenir la actividad lesiva del Estado frente al tratamiento de datos personales, a la que colocará en el mismo plano que el *habeas corpus* y el *mandado de segurança*.

El constituyente brasileño la bautizará “*habeas data*” —aunque esta expresión ya había sido usado con anterioridad²⁶ y fue escogida de entre otras construcciones idiomáticas similares—,²⁷ en voz que, en definiti-

²⁵ De todos modos, bueno es reconocerlo, la Constitución no es en principio el lugar adecuado para fijar sanciones de índole penal o administrativa, salvo cuando la conducta vedada reviste la máxima gravedad institucional, como sería el caso de comisión de los delitos de traición a la patria o atentado contra el orden democrático (arg. artículo 36 de la Constitución argentina).

²⁶ Explica Othon Sidou: “Este objetivo no es nuevo, o mejor dicho, no es totalmente una invención surgida de la nueva Carta Política. Tiene antecedentes históricos, inclusive legislativos.

“La Ley 824, del 28 de diciembre de 1984, del Estado de Río de Janeiro, fue sancionada para consagrarlo. Y con anterioridad, en 1981, el Congreso Pontes de Miranda, reunido por la orden de Abogados y el Instituto de Abogados de Río Grande do Sul, ofreció a la Nación una «Propuesta de Constitución Democrática para Brasil», cuyo artículo 2o., sobre derechos y garantías individuales, tiene idéntico objetivo, y sirvió obviamente de base para aquella ley estadual.

La esquematización del derecho es la misma, y existirían para garantizarlo los recursos ya usados en el derecho procesal brasileño. En el caso de guarda de informaciones por parte de organismos públicos, sería de aplicación la acción de amparo, y en el caso de entidades privadas, el recurso sería la acción de exhibición del artículo 844, I, del Código de Procedimiento Civil, de carácter preliminar, continuada posteriormente por la acción de rectificación o de daños y perjuicios, según sea el caso.

La garantía se incluyó en el Anteproyecto de Constitución elaborado en 1986 por la mencionada Comisión de juristas convocada por el Poder Ejecutivo, que no obtuvo aprobación oficial, quedando archivado. Fue en dicho Anteproyecto que apareció la denominación *habeas data*” (Othon Sidou, J. M., *As garantias ativas dos direitos coletivos*, 3a. ed., Río de Janeiro, Ed. Forense, 1989, p. 452).

²⁷ El origen de la denominación escogida es explicado por Afonso da Silva, cuando indica que “Firmín Morales Prats emplea la expresión *habeas data* al lado de *habeas scriptum* y *habeas mentem*. Este último como expresión jurídica de la intimidad. Los dos primeros más o menos como sinónimos, en el sentido de derecho al control de la circulación de datos personales” (Morales Prats, Firmín, *La tutela penal de la intimidad; Pri-*

va y más allá de su literalidad,²⁸ conceptualmente, como lo indica Pinto Ferreira:

significa “tenga el dato”, y busca asegurar el acceso a informaciones para la tutela de la honra, de la tranquilidad, del patrimonio, de la vida privada, entre diversos valores, contra los atentados efectuados por organismos públicos o de carácter público, en la anotación de datos e informaciones acerca de las personas.²⁹

En el iter de la norma incorporada, en un primer momento se propusieron dos artículos, uno conteniendo el derecho de fondo, y otro, creando la acción de hábeas data, pero finalmente, como lo relata Afonso da Silva, el texto constitucional terminó fundiendo derecho y garantía en una misma cláusula.³⁰

vacy e informática, Barcelona, Ed. Destino, 1984, p. 43. Sobre el tema, Baracho de Oliveira, José Alfredo, “Hábeas data o hábeas scriptum”, *Jornal do Advogado*, Belo Horizonte, agosto de 1988, p. 4, citado por Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 8a. ed., San Pablo, Malheiros editores, 1992, p. 397).

²⁸ La raíz etimológica de ambas voces utilizadas (hábeas y data) es más precisamente explicada por Cretella Júnior, quien menciona: “Análogamente al hábeas corpus, la expresión hábeas data es formada del vocablo *hábeas*, ya analizado cuando tratamos el hábeas corpus, y de *data*, acusativo neutro plural de *datum*, de la misma raíz que el verbo latino *do, das, dedi, datum, dare* = dar, ofrecer. *Datum*, singular de *data*, es empleado por Propercio, en las *Elegías*, Libro III, Elegía 15, verso 6: *nullis capta Lycina datis* y por Ovidio, en las *Metamorfosis*, Libro VI, verso 363, ambos con el sentido de «presentes», «donativos», «ofertas», y no con el sentido de «datos». Los diccionarios de lengua inglesa traducen *datum*, plural *data*, por *facts*, «things certainly known»; «no or available». En portugués, el *data* es traducido por «documentos», «datos» (común en el lenguaje de la informática: procesamiento de datos). «Datos» son «informaciones», que constan en archivos, de bancos de datos. «Informaciones relativas a las personas, que constan en registros o bancos» son «datos». Así, *hábeas data* al pié de la letra significa, en un paralelo con lo que dijimos sobre *hábeas corpus*: «toma los datos que están en su poder y entégales al interesado», o «brinda al interesado impetrante, mediante certificación, todos los datos o documentos que se encuentran en tu poder para que pueda defender el sus derechos en juicio» (Cretella Júnior, José, *Os writs na Constituição de 1988*, Río de Janeiro, Forense Universitaria, 1989, pp. 113 y 114).

²⁹ Ferreira, Luiz Pinto, “Os intrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 421.

³⁰ Explica el autor que, a partir de las disposiciones específicas de las constituciones de España (artículo 18) y de Portugal (artículo 35), que se refieren, respectivamente, al control del uso de la informática y al derecho de conocer lo que conste en registros informáticos respecto de las personas, pero que ninguna de ellas y ninguna otra creó un medio

La regla finalmente aprobada —apunta Lopes Meirelles—, torna al hábeas data en “el medio constitucional puesto a disposición de persona física o jurídica para asegurarle el conocimiento de registros concernientes al postulante y obrantes en reparticiones públicas o particulares accesibles al público, para la rectificación de sus datos personales”,³¹ medio que es directamente operativo, pues como indica Cretella Júnior —refiriéndose conjuntamente al mandato de injunção y al hábeas data—:

al tratarse de dos remedios nuevos, creados en expresas reglas procedimentales e insertados en el capítulo “De los derechos y garantías fundamentales”, están dotados de aplicación inmediata (artículo 5o., LXXVII, núm. 1) por constituirse en normas definidoras de esos mismos derechos y garantías, o sea, se encuentran unidos de eficacia. Las cuatro normas jurídicas constitucionales referentes a los cuatro *remedia iuris* —el hábeas corpus, el mandato de segurança, el mandato de injunção y el hábeas data— tienen aplicación inmediata. No precisan de una norma reglamentaria para que, como

específico de invocar la jurisdicción para hacer valer esos derechos reconocidos, “propusimos por ante la Comisión Provisoria de Estudios Constitucionales (Comisión Afonso Arinos) un Anteproyecto de Constitución cuyo artículo 17 reconocía el derecho en los términos siguientes:

“«1. Toda persona tiene derecho de acceso a los informes a su respecto registrados por entidades públicas o particulares, pudiendo exigir la rectificación de datos y su actualización. 2. Es vedado el acceso de terceros a ese registro. 3. Los informes no podrán ser utilizados para tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de procesamiento de datos estadísticos no individualmente identificables. 4. Una ley federal definirá quien puede mantener registros informáticos, los respectivos fines y contenido».

En el artículo 31 instituíamos el remedio constitucional específico: «Se concederá hábeas data para proteger el derecho a la intimidad contra abusos de registros informáticos públicos y privados», corto y seco como se ve».

El Anteproyecto de la Comisión acogió la declaración del derecho en su artículo 17 con perfeccionamientos y el remedio en el artículo 48: «Se otorgará hábeas data al legítimo interesado para asegurar los derechos tutelados en el artículo 17».

De ahí salió hacia el debate constituyente, tratándose el derecho y su garantía específica en dispositivos separados, hasta que en el proyecto de la Comisión de Sistematización fuera aprobado un único dispositivo, o sea: se reconocía el derecho mediante su garantía específica (artículo 6, núm. 52). Así, sufrió modificaciones hasta que se arribó al texto del actual artículo 5o., LXXII [...]” (José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, San Pablo, Malheiros editores, 8a. ed., 1992, p. 397).

³¹ Lopes Meirelles, Hely, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, hábeas data*, 14a. ed., Sao Paulo, Melheiros Editores, 1991, pp. 153-164.

medios o instrumentos de los derechos y libertades constitucionales, tengan aptitud de movilizar a las autoridades competentes, administrativas o judiciales. De lo contrario, serían normas jurídicas constitucionales con vigencia pero sin eficacia, verdaderas letras muertas en el más importante de los capítulos de la nueva Carta Política del Estado democrático.³²

La clara preocupación del constituyente brasileño por esta figura se explica, tal como lo indica Othon Sidou, del siguiente modo:

En toda transición hacia el reencuentro con el Estado de derecho es común que las cartas políticas incluyan nuevos recaudos para impedir el retorno del régimen de excepción. Entre los brasileños esto ocurrió en 1934, en 1946 y ahora resurge tal precaución con más fuerza, puesto que la Constitución de 1988 tiene tras de sí el periodo más largo de arbitrio en la historia republicana. ...Dos institutos fueron incorporados al espectro de las garantías de los derechos: el hábeas data y el mandamiento de ejecución (mandado de injunção), sin incluir la acción de amparo colectivo (mandado de segurança coletiva), que es la misma acción de amparo con legitimación causal ampliada a los partidos políticos y a las organizaciones sindicales, entidades de clase y asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento durante un periodo mínimo de un año... Es indiscutible que el objetivo de los institutos recién creados merecía tratamiento constitucional.³³

Y allí se inserta el hábeas data, el cual, como también lo explica Othon Sidou parte de la idea siguiente:

El individuo tiene el derecho fundamental de conocer las informaciones manipuladas y ocultas en los archivos de inteligencia gubernamental, por lo general distorsionadas u obtenidas por métodos arbitrarios; y a esto apunta el hábeas data... asegurar el conocimiento de las informaciones relativas a la persona del demandante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, y la rectificación de tales datos...³⁴

En definitiva, el nuevo instituto —que responde, en el plano del derecho positivo, al reclamo de Frosini al contenido básico, pensado por Fir-

³² *Op. cit.*, nota 28, pp. 114-116.

³³ *Op. cit.*, nota 26, p. 452.

³⁴ *Idem.*

mín Morales Prats—,³⁵ se debe, en el plano sociológico, a ciertas motivaciones históricas, bien descritas por de Abreu Dallari, cuando explica que “el hábeas data fue incorporado a la Constitución brasileña de 1988 como consecuencia de la proyección de las disposiciones sobre protección de datos personales contenidas en la Constitución de Portugal de 1976, las cuales fueron establecidas, en gran medida, con el fin de permitir el acceso a las informaciones que se encontraban en poder de la arbitraria y violenta policía política, creada por Oliveira Salazar.

De manera similar, en el Brasil la Policía y el Servicio Nacional de Informaciones se ocupaban de determinar quiénes eran los opositores al régimen de facto que culminó en 1985, y de perseguirlos. Por ello, con la misma finalidad que motivó la incorporación de la norma portuguesa, y en la inteligencia de facilitar el ingreso a tales archivos y permitir actuar sobre ellos, se consagró el hábeas data.

Sin embargo, los fines originariamente buscados con este nuevo instituto encontraron ciertos escollos a la hora de la aplicación efectiva, en particular por la creencia respecto de que el Estado debe tener secretos, lo cual es un vicio tradicional que viene del pasado colonial, mantenido incluso hasta mucho tiempo después de la independencia latinoamericana, por efecto del régimen de monarquía constitucional.³⁶

La norma finalmente aprobada, inserta en el artículo 5o. constitucional, expresa:

Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:...

LXIX. Se concederá mandamiento de amparo para proteger un derecho determinado y cierto, no amparado por hábeas corpus o hábeas data cuan-

³⁵ Cfr. “La protezione della riservatezza nella società informatica”, en varios autores, *Privacy e Banche di datti*, Boloña, 1981, p. 44, citado por Morales Prats, Firmín, *op. cit.*, nota 27, p. 47. *Ibidem*, “Bancos de datos y tutela de la persona”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 30, noviembre-diciembre de 1982, pp. 21 y ss., *cit. por op. cit.*, nota 30, pp. 398 y 399.

³⁶ Dalmo de Abreu Dallari, disertación pronunciada en el *Seminario Iberoamericano sobre Acción de Hábeas Data*, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca 9-11 de abril de 1997.

do el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público;...

LXXII. Se concederá hábeas data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;

b) para rectificar datos, cuando no se prefiriera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo...

LXXVII. Son gratuitas las acciones de hábeas corpus y hábeas data en la medida que la ley disponga los actos necesarios para el ejercicio de la ciudadanía.

1. Serán de aplicación inmediata las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales.

2. Los derechos y garantías indicados en esta constitución no excluyen otras que deriven del régimen y principios adoptados por ella o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte.

La Constitución trae además otras normas que regulan aspectos secundarios, concernientes específicamente a la competencia judicial.³⁷

³⁷ Artículo 102. Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:

I. Procesar y juzgar, originariamente:

...d) el hábeas corpus, siendo sujeto pasivo cualquiera de las personas señaladas en las líneas anteriores; el mandamiento de amparo y el hábeas data contra actos del presidente de la República, de las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de la Unión, del Procurador General de la República y del propio Supremo Tribunal Federal;...

II. Juzga, en recurso ordinario:

a) los hábeas corpus, los mandados de seguridad, los hábeas data y mandados de interdicho decididos en única instancia por los Tribunales si la resolución fuese denegatoria;

b) el delito político.

Artículo 105. Compete al Superior Tribunal de Justicia:

I. Procesar y juzgar, originariamente:

...b) los mandados de seguridad y los hábeas data contra actos de un Ministro de Estado o del propio Tribunal;

Artículo 108. Es competencia de los Tribunales Regionales Federales:

I. Procesar y juzgar, originariamente:

...c) los mandamientos de amparo y los hábeas data contra autos del propio Tribunal o de los jueces federales;

Artículo 109. Es competencia de los jueces federales procesar y juzgar:

...VIII. los mandamientos de amparo y los hábeas data contra actos de una autoridad federal, exceptuados los casos de competencia de los tribunales federales;

La cláusula constitucional que incorporó la nueva acción de garantía rigió sin reglamentación durante una casi una década, hasta que en 1997 se dictó la Ley 9507, la cual, pese a la mayor proximidad del instituto con el hábeas corpus, siguió, como lo indica Barbosa Moreira, en líneas generales el patrón del *mandado de segurança*, tal como éste fue configurado en la Ley 1533 de 31/12/51.³⁸

Tres años más tarde de la creación constitucional del hábeas data, la Constitución de Colombia de 1991 asumió la problemática de la protección de datos, ya más preocupada por los avances en materia informática, e incorporó —sin seguir el esquema brasileño— una cláusula limitada al reconocimiento de un derecho específico, al cual vinculó claramente con los derechos a la intimidad y al honor:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución (artículo 15).

El constituyente partió entonces de la idea de reconocer sólo el derecho de fondo sin crear una garantía específica para su defensa, con lo cual en definitiva aquél es atendido, como la mayoría de los otros derechos constitucionales, por la vía de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución, circunstancia que además surge del decreto 2591 de 1991, regulatorio de tal acción, que establece que ésta es la vía a través de la cual se vehiculiza el “derecho de hábeas data” (“La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: ...6 Cuando la entidad privada sea aquélla contra quien

Artículo121. Una ley complementaria regulará la organización y competencia de los Tribunales, de los jueces de derecho y de las juntas electorales.

...4. Frente a las decisiones de los Tribunales Regionales Electorales solamente cabrá recurso cuando:

...V. Denegasen hábeas corpus, mandamiento de segurança, hábeas data o mandado de interdicto.

³⁸ Barbosa Moreira, “O hábeas data brasileiro e sua lei regulamentadora”, *Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio*, vol. II, pp. 1099 y 1108.

se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución”).

Un año más tarde, la Constitución del Paraguay de 1992 estableció que:

toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos (artículo 135).

Esta regla tiene cierta similitud con la brasileña toda vez que, en una misma cláusula, por un lado, reconoce algunos derechos de fondo a los registrados —cuando especifica a las facultades de acceso e información respecto de contenidos y finalidades de los registros oficiales o privados de carácter público, y alude a otras tres facultades, que podrán ser exigidas judicialmente respecto de los datos erróneos o lesivos (actualización, rectificación y destrucción)—, y, por el otro, refiere a la intervención de un magistrado que efectivice los derechos conexos al de acceso.

Pese a que el propio texto constitucional dispone expresamente que esta garantía debe ser reglamentada por la ley (artículo 131), ello se hizo de manera parcial, mediante la Ley 1682 (2001), referida a los bancos de datos de titularidad privada (modificada parcialmente por la Ley 1969 del 2 de septiembre de 2002 que tiene por objeto “regular la recolección, almacenamiento, distribución, publicación, modificación, destrucción, duración y, en general, el tratamiento de datos personales contenidos en archivos, registros, bancos de datos o cualquier otro medio técnico de tratamiento de datos públicos o privados, destinados a dar informes, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de sus titulares”), y a través de una reforma al Código Penal (artículos 141 a 148).³⁹

En 1993, en la nueva redacción otorgada al artículo 26 de la Constitución de Nicaragua de 1987 (la que no sufrió modificación alguna en las enmiendas de 1995 y 2000), se dispuso:

Artículo 26. Toda persona tiene derecho: 1. A su vida privada y la de su familia. 2. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus

³⁹ Para un análisis pormenorizado véase Palazzi, Pablo A., *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad*, pp. 70 y ss.

comunicaciones de todo tipo. 3. Al respeto de su honra y reputación. 4. A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información...

Esta regla reitera el criterio adoptado por la carta colombiana, en cuanto ubica conceptualmente las disposiciones sobre protección de datos en el mismo artículo que reconoce los derechos a la intimidad y al honor, y es sumamente restringida respecto de las facultades que otorga, pues se limita a reconocer el derecho de acceso a los datos y a ser informado acerca de las motivaciones de la recolección y de la finalidad del registro que las contiene, sin admitir expresamente los derechos a operar sobre tal información cuando ésta sea lesiva.

En el mismo año la Constitución del Perú se ocupó más adecuadamente de la cuestión, definiendo, por un lado, aspectos del contenido del derecho a la protección de los datos de carácter personal y creando, por el otro, y en artículo separado, una garantía específica, a la que denominó expresamente “hábeas data” y le otorgó un radio de acción inédito hasta ese momento, pues la destinó también a la tutela de otros derechos distintos del derecho a la protección de datos.

En efecto, a tenor del artículo 200, la acción de hábeas data se programó como una garantía que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2o., incisos 5o., 6o. y 7o. de la Constitución (la reforma constitucional de 1994 instrumentada mediante Ley 26.470 eliminó la remisión al artículo 7o., con lo cual el derecho contenido en ese inciso ahora se tutela a través de la acción de amparo).

Y según el artículo 2o., toda persona tiene derecho: a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga su pedido (se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional) (inciso 5); a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar; al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias (inciso 6); al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones ine-

xactas, o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley (inciso 7).

La norma peruana fue novedosa al prever el hábeas data también en los casos de acceso a información pública y de ejercicio del mal denominado “derecho” de réplica (es en realidad una garantía en cuanto mecanismo protector de otros derechos), en la inteligencia que en todos los casos la lesión parte del indebido tratamiento de información (ora pública, ora personal).

La acción de hábeas data reconocida en el artículo 200 fue inmediatamente reglamentada en su faz procesal por la Ley 26.301 (1994), la cual fue derogada una década más tarde, al dictarse el Código Procesal Constitucional peruano, donde, por la duplicidad de objetivos constitucionales sobrevivientes relativos al instituto, su reglamentación se vio algo restringida al no ser desdoblada para cada uno de ellos.

Ya con relación al derecho a la protección de datos en sí, se han dictado algunas medidas de carácter administrativo, como la resolución ministerial núm. 662/96 sobre requerimiento de informaciones y secreto de las telecomunicaciones, y la Ley 27.489 (2001), referida a las actividades de las centrales privadas de información de riesgos crediticios y de protección al titular de la información.

En 1994 en Argentina se produce una reforma constitucional y el hábeas data es incluido —aunque sin que el constituyente lo rotulara así por no estar habilitado expresamente su tratamiento en la ley declarativa de la necesidad de la reforma— como una acción procesal constitucional y también es definido como un subtipo del amparo:

Toda persona podrá interponer esta acción [la de amparo] para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística (artículo 43, párrafo 3o.).

La norma constitucional, que se ubica en el sector de las garantías procesales de los derechos y garantías individuales y colectivos, trae disposiciones de fondo relativas al derecho a la protección de datos, reconocien-

do facultades concretas a los registrados, pero también incluye cuestiones de índole procesal, al remitirse a la acción de amparo para viabilizar los derechos que reconoce. Fue entendida como directamente operativa, y recién se la reglamentó en 2000, mediante Ley 25.326 —que regula aspectos relativos al contenido del derecho a la protección de datos y también lo relativo a la acción y el proceso de hábeas data para el plano federal—, en norma secundada por su decreto reglamentario 1558/01, y la resolución 17/02 y otras resoluciones posteriores del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, por las que se crea la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, órgano de control que, a su vez, ha dictado varias disposiciones que constituyen reglamentaciones de segundo grado.

El artículo 94 de la Constitución de Ecuador de 1996 (reformada en 1998) dispone:

Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional.

La norma, que ostenta cierta similitud con su par paraguaya, se ubica en la sección “De las garantías de los derechos”, con lo cual, si bien la formulación utilizada es típica del reconocimiento de derechos, no cabe duda que alude, o bien a un derecho medial, garantizador de otros derechos, o bien a la acción de hábeas data.

Regula las dos fases de control de los datos brindando un acceso integral (a documentos, datos e informes) de entidades públicas y privadas —con restricciones admitidas expresamente en los casos de archivos de defensa nacional—, y establece además algunas facultades de exigir la modificación de los datos y, en su caso, la indemnización por los daños causados.

Si bien no se incluye acción judicial específica alguna para vehicular la pretensión si esta no fuere atendida, la Ley del Control Constitucional,

en su capítulo II (titulado “Del hábeas data”), se ocupa de ella en sus artículos 34 a 45, donde le otorga a éste naturaleza de “recurso”; amplía facultades reconocidas en la Constitución; regula las excepciones al derecho de acceso; establece una competencia en apariencia amplia (si bien se la adjudica a cualquier juez o tribunal de primera instancia, luego la limita al del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos); estipula el procedimiento específico, al que le imprime un trámite ágil y adaptado a los dos objetivos constitucionales (en tal sentido desdobra el proceso en lo relativo al acceso y la modificación de los datos) e incluso establece inhabilitaciones para los representantes legales de personas jurídicas privadas y sanciones de destitución para funcionarios públicos cuando incumplan las resoluciones expedidas por los magistrados intervinientes.

En 1999 Venezuela reforma su Constitución e incluye el hábeas data en el artículo 28 que reza:

Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

La norma se ubica dentro del título III (“De los deberes, derechos humanos y garantías”), en el sector de las garantías jurisdiccionales e inmediatamente después de la acción de amparo, y si bien no es rotulada expresamente en este artículo, luego le reconoce su denominación tradicional en el artículo 281, cuando autoriza al defensor del pueblo a interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarias para ejercer sus atribuciones, norma en la cual, además, se da pie al reconocimiento del hábeas data colectivo.

A falta de reglamentación de la figura, el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 23 de agosto de 2000, estableció que el artículo 28

de la Constitución tutela el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas, hayan sido compiladas tanto por el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etcétera, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios otros derechos:

- 1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.
- 2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.
- 3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.
- 4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.
- 5) El derecho de actualización, a fin que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.
- 6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.
- 7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

Si a esta ampliación jurisprudencial de las facultades expresamente reconocidas por la Constitución se la complementa con ciertas apreciaciones emanadas de un informe de la Defensoría del Pueblo —en el que expresa que en el ordenamiento jurídico venezolano el hábeas data es considerado tanto un derecho como una acción, y que si se parte de una concepción restringida, se podría concluir que será necesario que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia para poder determinar los efectos de dicha acción, pero vía interpretación analógica, se podría aplicar el procedimiento de amparo—, pareciera que la cuestión en este país está dentro de cauces aceptables, pero en realidad la adopción de nuevos criterios jurisprudenciales llevaron al instituto a su estrangulación. En efecto, en sentencia del 14 de marzo de 2001, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia adoptó una postura restrictiva, en la cual se expresa que:

a) los derechos reconocidos por el artículo 28 constitucional si bien pueden ejercerse por la vía judicial, no responden en principio a amparos constitucionales, en razón de ser el derecho a conocer de naturaleza netamente inquisitiva y por lo tanto ajeno a la estructura que para el proceso de amparo señala el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; *b)* en los casos en que no pueda encuadrarse el caso en un amparo, habrá que recurrir a la acción ordinaria de hábeas data, que no ha sido todavía desarrollada por ley; *c)* en lo que respecta al derecho de conocer la existencia de los registros, se hace de imposible desarrollo sin pautas legales que lo regulen, ni siquiera utilizando el procedimiento del hábeas corpus que se funda en la afirmación de la existencia del hecho, a saber: la privación ilícita de la libertad personal; *d)* sólo a falta de respuesta o respuesta insatisfactoria ante el pedido de acceso, por vía extrajudicial o administrativa, según el caso, puede ejercérselo por la vía judicial; *e)* la vía judicial queda expedita “siempre que conste y se demuestre la existencia del registro y la presunción sobre el asiento en él de informaciones y datos del accionante o de sus bienes”, y en tal caso la víctima puede optar entre un juicio ordinario para hacer valer su derecho negado, acumulando pretensiones, o bien por medio de un amparo si se dan los supuestos para su procedencia; *f)* para intentar un amparo se debe fundar la demanda en la existencia cierta de un sistema de información que lleva una persona, dentro del cual existen datos e informaciones referentes al accionante (datos e informaciones en plural, es decir, varios que permiten delinear en alguna materia un perfil de la persona, o de sus bienes); *g)* mediante el amparo se puede lograr el acceso, que se concreta judicialmente mediante una exhibición, en caso de que una lesión de la situación jurídica del accionante se va a consolidar irremediabilmente por la negativa del acceso; *h)* en lo concerniente al derecho a conocer el uso y finalidad de la recopilación, debe acudirse a la acción ordinaria o autónoma de hábeas data, pues no es en principio el amparo una acción que permite la satisfacción plena de este derecho, ya que quien tiene la información es realmente quien en su fuero interno conoce para qué la maneja y cómo la va a usar, e indagar tal propósito, no es materia de amparo; la determinación del uso y finalidad de los datos se pondera sólo en el sentido de declarar legal o ilegal lo que realiza el recopilador, no siendo tal declaratoria motivo de amparo; *i)* la acción tendiente al acceso y a la destrucción del ilegal contenido del registro pueden acumularse y ventilarse mediante un amparo, cuando exista prueba fehaciente de la existencia del registro y de que en él se guardan informaciones y datos sobre el accionante, como parte de su contenido, así como del uso o fin ilegal que se hace de ellas en perjuicio del actor, si es que ello origina en su situación jurídica una lesión

que de inmediato va a convertirse en irreparable o una amenaza inminente de lesión; j) las peticiones tendientes a actualizaciones o rectificaciones, ordenadas judicialmente, no tienen naturaleza restablecedora, puesto que significan innovaciones tanto en la situación jurídica del demandante como del demandado, haciéndose valer un derecho con proyección hacia el futuro, por lo que no es posible lograr mediante un amparo los objetivos del artículo 28 de la Ley Fundamental, sino incoando otra acción (que el Máximo Tribunal evitó precisar).⁴⁰

Así las cosas, el hábeas data en Venezuela no sólo no está reglamentado sino que además no ha sido adecuadamente aplicado, y en especial su interpretación judicial lo ha desnaturalizado al punto de tornarlo en muchos aspectos inoperante.

En 2004, Bolivia reforma su Constitución e incorpora previsiones específicas, en concreto, en su artículo 23 que dispone:

I. Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de “Hábeas Data” ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya.

II. Si el tribunal o juez competente declara procedente el recurso, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos personales cuyo registro fue impugnado.

III. La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo.

IV. El recurso de “Hábeas Data” no procederá para levantar el secreto en materia de prensa.

V. El recurso de “Hábeas Data” se tramitará conforme al procedimiento establecido para el Recurso de Amparo Constitucional previsto en el artículo 19 de esta Constitución.

Conforme puede observarse de la propia redacción de la norma, se ha incorporado el derecho y su garantía específica en un mismo dispositivo;

⁴⁰ El informe íntegro puede encontrarse en el siguiente sitio de Internet: www.defensoria.gov.ve/detalle.asp?sec=160407&id=1208&plantilla=1.

a esa garantía se la rotula como “recurso” pese a que puede ser interpuesto también contra particulares, y en definitiva se lo remite derechamente a los principios procesales aplicables al amparo.

Como lo explica Willman Durán: “Muchas de las Constituciones de Latinoamérica han optado por aplicar a los recursos de hábeas data, al menos con carácter transitorio, el procedimiento que sus respectivos ordenamientos establecen para el amparo constitucional. Éste es el caso de Brasil, Colombia y Argentina”.

En Bolivia se ha seguido esta misma técnica legislativa, de lo que se infiere que la doctrina constitucional sentada para el amparo, también es aplicable al recurso de hábeas data; por tanto, en la admisión del hábeas data están presentes las exigencias de legitimidad, subsidiaridad e inmediatez; entre otros; sin embargo, como sostiene Rivera Santibáñez,

Como acción tutelar, el hábeas data sólo se activa a través de la legitimación restringida, la que es reconocida a la apersona afectada, que puede ser natural o jurídica. En consecuencia no admite una activación por la vía de acción popular, es decir, no se reconoce la legitimación activa amplia.⁴¹

De manera general, sobre los requisitos de admisión el Tribunal Constitucional ha establecido dos sub-reglas básicas: a) cuando se omite alguno de los requisitos en la etapa de admisión, y no se subsanan los mismos dentro del plazo de ley, da lugar al rechazo, y b) si el recurso fue admitido pese a no cumplirse con los requisitos exigidos por ley, se da lugar a la improcedencia del amparo, sin ingresar al análisis del fondo del asunto.

Conforme a esto, al interponer el recurso de hábeas data, será preciso que el recurrente acredite su personería, señale el nombre y domicilio de la parte recurrida, exponga con claridad los hechos, acompañe las pruebas en que se funda su pretensión, fije con precisión la tutela que solicita y precise los derechos que considere han sido vulnerados, que no podrán ser otros que los señalados en el artículo 23 de la CPE, es decir los derechos a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación.⁴²

Además de los mencionados, otros países latinoamericanos que no cuentan con una garantía específica en el plano constitucional, han dictado leyes generales o específicas relativas al tratamiento de datos de ca-

⁴¹ Rivera Santibáñez, José Antonio, *Jurisdicción constitucional*, 2a. ed., Cochabamba Bolivia, Ed. Kipus, 2004, p. 434.

⁴² Willman Durán, *Contenido y alcances del hábeas data en Bolivia*, inédito.

rácter personal (por ejemplo la Ley chilena 19.628, de 1999, sobre protección de la vida privada y las reformas de 2000 a la ley federal mexicana de protección al consumidor, donde se incorpora como capítulo III *bis* una serie de reglas concretas al respecto, referidas a las transacciones efectuadas a través de los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología)⁴³ e incluso, como en el caso uruguayo, se ha tratado expresamente a la acción y al proceso de hábeas data en la Ley 17.838, referida a la protección de datos en informes comerciales.

III. REGULACIONES ESPECÍFICAS DE LA ACCIÓN Y DEL PROCESO DE HÁBEAS DATA

1. *Derecho, acción y proceso*

El derecho a la protección de datos, aun cuando no haya obtenido reconocimiento expreso y uniforme con tal denominación, ha sido y es hasta el momento tutelado por diversas vías judiciales, resultando hasta el momento que, pese a los intentos legislativos habidos, en la mayoría de los países no se le reconoce una regulación específica e integral, por lo cual su protección se encauza por las vías tradicionalmente disponibles (las acciones de amparo, de protección, de tutela, de hábeas corpus).

Más allá de que en algún ordenamiento, por las especiales características que presenta en cuanto a su efectividad, esta solución pueda ser satisfactoria, en la mayoría de los casos con este esquema no se alcanza a cumplir con lo que ordena el principio rector núm. 8 para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos de carácter personal, aprobado por la ONU en 1990, que prevé expresamente el deber de establecer en los ámbitos nacionales y por vía legislativa, recursos individuales apropiados, y tampoco se cumple con lo dispuesto en tal sentido por la Directiva 95/46/UE, que dispone que las legislaciones nacionales deben prever un recurso judicial para los casos en los que el responsable del tratamiento de datos no respete los derechos de los interesados, como consecuencia de lo cual, como lo indica Estadella Yuste, en España se recurre a los tribunales ordinarios, civiles o administrativos, y normal-

⁴³ Una explicación detallada de estas disposiciones puede consultarse en Palazzi, Pablo A., *op. cit.*, nota 39, pp. 68-70 y 171-195.

mente, en la mayoría de las legislaciones internas, en grado de apelación a la decisión de la autoridad nacional.⁴⁴

Por lo demás, en los pocos países que se reguló específicamente el derecho a la protección de datos y la acción de hábeas data, se dan ciertas confusiones conceptuales que llevan a que sus reglas muchas veces se encuentren entremezcladas con las relativas al proceso de hábeas data que es objeto de importantes resistencias al reconocimiento de un cauce procesal propio, con lo cual la generosidad que caracterizó al constituyente no fue seguida por los legisladores ordinarios al momento de regular esos aspectos procesales tendientes a vehiculizarla.

A fin de abordar correctamente la cuestión, un primer aspecto que debe considerarse especialmente es tener clara la distinción que debe hacerse entre el derecho a la protección de datos, la acción de hábeas data y el proceso de hábeas data, pues de aquél se despenden las facultades que la acción intenta tutelar a través de este último cuando esa tutela es urgente. Por decirlo más gráficamente: el derecho a la protección de datos genera un cúmulo de facultades en favor de su titular, de las cuales sólo algunas integran el elenco de las ejercibles a través de la acción de hábeas data (por ejemplo la afección de aquél derecho debe ser indemnizada, y sus violadores sancionados administrativa y penalmente, pero en general no puede requerirse a través de esta especial acción —salvo el reclamo de indemnizaciones que se admite en algunas legislaciones)—. Inclusive, en el caso que un derecho esté contenido expresamente entre los defendibles vía hábeas data, también el interesado puede optar por ocurrir a otras vías, como las ordinarias, si por ejemplo entiende que ellas le resultan más adecuadas para atender al conflicto, o tiene dudas acerca de la admisibilidad o procedencia del hábeas data según la configuración que a éste le otorgó el legislador, pero está seguro que su reclamo encuentra fundamento en la ley de protección de datos personales. Es que donde hay un derecho exigible hay acción, nominada o innominada, y cuando ese derecho requiere de una tutela urgente, hay una acción procesal constitucional, expresa o implícita para su tutela, y corresponde, en definitiva, a quien acude a la justicia para su tutela, escoger, entre las vías admisibles para viabilizar su reclamo, la que mejor se adapte a sus requerimientos y urgencias.

⁴⁴ Estadella Yuste, Olga, *op. cit.*, nota 4, pp. 130 y 131.

Esta distinción entre derecho, acción y proceso no siempre ha sido tenida en cuenta por el legislador al regular los distintos aspectos del hábeas data y como consecuencia de ello nos encontramos con regulaciones técnicamente deficientes, hecho que conspira contra la efectividad y pureza técnica del instituto, como ocurre en el caso de la legislación uruguaya (Ley 17.838, referida a la protección de datos en informes comerciales), que pese a intentar establecer esa diferencia, termina mezclando los tres aspectos en dos capítulos del título II (“Hábeas data y órgano de control”), contribuyendo de tal manera a aumentar la confusión reinante, como luego veremos.

Una segunda cuestión a evaluar con precisión es lo relativo a las competencias regulatorias sobre esos tres aspectos, pues si bien el tema puede no suscitar interés en países de corte unitario, en los estados federados habrá que evaluar claramente cuáles son las potestades legislativas y judiciales reservadas por éstos al formarse la federación, a fin de deslindar hasta qué punto puede regular la nación y dónde comienzan las facultades de los estados federados e incluso valorar los eventuales conflictos que pudieran suscitarse cuando estos últimos se adelantaron en la regulación a la normativa federal. Por lo común ocurrirá que el dictado de las normativas “de fondo” (en general todo lo relativo al contenido del derecho a la protección de datos y a los contenidos mínimos de la acción) corresponderá a la nación, mientras que lo atinente al proceso será una facultad ejercible tanto por la nación como por los estados federados, que deberán regular este aspecto para atender a los conflictos que se susciten ante sus estrados judiciales, los que serán ventilados en una u otra sede según lo establezcan las pautas atributivas de competencias.

Un tercer elemento a tener en cuenta, y ya en concreto con relación al tipo de trámite que debe imprimirse a la acción, es su configuración como proceso autónomo o su eventual adscripción a las figuras del amparo o del hábeas corpus, que puede darse por el directo reenvío a tales trámites o bien por el diseño autónomo de aspectos mínimos y la remisión subsidiaria a las reglas de aquellas figuras. Así, en las reglamentaciones actualmente vigentes puede observarse algunas diferencias de matices, pero siempre se da un relacionamiento con la figura del amparo, y mientras algunas legislaciones directamente lo ligan a la figura del amparo, otras, consideran al hábeas data como un subtipo de éste o amparo especial, y aún en las que se pretende dotar a la figura de autonomía, también suele remitirse subsidiariamente a la clásica figura del amparo.

Sin embargo, la solución más apropiada consiste en adoptar reglas específicas que atiendan a su especial configuración, del modo que lo hace la Ley del Control Constitucional de Costa Rica con el ejercicio del derecho de réplica (y que en proyectos de reformas a esa ley se pretende extender a la figura del hábeas data), y, en todo caso, si debe realizarse alguna remisión subsidiaria, conectarla con el hábeas corpus antes que con el amparo.

La cuestión ha merecido y merece profundos debates, y para un análisis particularizado puede partirse de dos interesantes fallos de tribunales argentinos, uno de la Corte Suprema federal (“Urteaga”) y otro de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza (“Costa Esquivel”), ambos dictados con anterioridad a la sanción de la Ley 25.326 (reglamentaria del derecho a la protección de datos y de la acción y del proceso de hábeas data).

Sobre el primero,⁴⁵ explica Sagüés:

En “Urteaga”, un hermano de un desaparecido (presuntamente abatido el 19 de julio de 1976, según la información oficial), demandó información sobre su hermano. Se trataba entonces de un hábeas data del tipo meramente “informativo”. La sentencia de la Corte Suprema, del 15 de octubre de 1998, hizo lugar unánimemente al pedido de informes, aunque con distintos y divididos fundamentos... “Urteaga” es un ejemplo del difícil concierto de opiniones que registran muchas sentencias de la Corte Suprema de Justicia argentina. En efecto: a favor de la admisibilidad de la información requerida, por medio del hábeas data, se pronunciaron cinco jueces, quienes lo hicieron de este modo: dos en voto conjunto, y dos cada uno con su voto autónomo. En síntesis, puede reputarse que hubo mayoría de votos por una tesis, y minoría por la restante, aunque todos acordes en la procedencia del reclamo sustancial del reclamante, pero que no existió un criterio prevaleciente en ninguno de esos dos grupos. La disparidad de opiniones muestra, en última instancia, que no hubo un fundamento mayoritario sobre lo decidido y, por ende, impide afirmar cuál es la doctrina “de” la Corte sobre el punto. Vale decir que medió mayoría en cuanto a la

⁴⁵ CSJN, “Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional —Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.— s/ amparo ley 16.986”, 15/10/98. La sentencia se integró de la siguiente manera: Julio S. Nazareno —Eduardo Moline O’Connor— Carlos S. Fayt (por su voto) —Augusto César Belluscio (por su voto)— Enrique Santiago Petracchi (por su voto) —Antonio Boggiano (por su voto)— Guillermo A. F. López (por su voto) —Gustavo A. Bossert (por su voto)— Adolfo Roberto Vázquez (por su voto).

parte resolutive del fallo, pero no en las motivaciones y bases de tal decisorio. Sobre este último tema, existieron siete posiciones diferentes.⁴⁶

Entre ellas, mencionamos dos de sus votos que muestran esta problemática desde dos perspectivas diferentes: el del ministro Petracchi, donde se expresa:

Del mismo modo, resulta a todas luces desviada la ocurrencia del juez de primera instancia sobre la posibilidad de recurrir al artículo 43, párrafo cuarto. El hecho de que el accionante exprese que su deseo final es localizar a su hermano desaparecido no puede llevar a concluir, maquinalmente, que tal propósito debe tramitarse por la vía del hábeas corpus, por ser el medio que está constitucionalmente previsto para la desaparición forzada de personas y porque puede ser interpuesto por cualquiera. Es evidente que si la desaparición se produjo en 1976, y después los diarios informaron de la muerte de Urteaga en un episodio violento, no resulta recomendable el recurso a una acción destinada a hacer cesar una restricción actual e ilegítima de la libertad ambulatoria. Pero lo que es aún más importante es que lo que se reclama no es la liberación del familiar, sino los “datos” obrantes en registros estatales sobre si la muerte se produjo como informó la prensa, o si hay alguna otra constancia que permita iluminar el suceso. La lesión que se invoca no es una afectación a la libertad, antes bien, es la carencia de cierta información. Hábeas corpus y hábeas data tienen funciones diferentes y autónomas. “La aparición del hábeas data no puede entenderse como una sustitución del hábeas corpus, cuya función para la defensa de la libertad física sigue siendo plenamente vigente, sino que se trata de una garantía para nuevas agresiones a otras facetas de la libertad”.⁴⁷

No resultaría extravagante pensar, como alternativa, que la justicia penal es la más idónea para la realización de una investigación tendiente a encontrar a una persona desaparecida en las circunstancias denunciadas. Pero, más allá de la posible existencia de impedimentos que obstaculizaran esta vía, de todos modos, ella sólo cobraría sentido en tanto el accionante pretendiera activar la persecución penal y arribar a la imposición de una pena. En cambio, si su objetivo inmediato es “conocer los datos” y de-

⁴⁶ Sagiés, Néstor P., “La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1999, núm. 3, pp. 482-484.

⁴⁷ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Intimidación y protección de datos personales: del hábeas corpus al hábeas data”, en García San Miguel, Luis (comp.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, pp. 36 y ss., especialmente p. 44.

cidir luego sobre ellos, parece claro que, sin sustituir sus propósitos, no es el proceso penal el que se adecua a su requerimiento.⁴⁸

Y el del ministro Boggiano, donde, por el contrario, se concluye: “Que, en consecuencia, el derecho del hábeas data puede hacerse valer por cualquier vía procesal razonable, aun la incidental, hasta tanto una ley reglamente su ejercicio (artículo 28 de la Constitución Nacional)”.⁴⁹

Con respecto al segundo caso, al resolverse la incompetencia de la justicia penal para entender en la acción instaurada (el actor había sostenido que correspondía la competencia penal y la tramitación de la acción por la vía de la acción de hábeas corpus, en lugar de las normas prevista para el trámite de la acción de amparo), en el fallo se sostuvo:

Las leyes provinciales que regulan el trámite del hábeas data presentan dos criterios distintos: unas aceptan las reglas habituales de cualquier amparo (por ejemplo Ley 4444 de Jujuy); otras han regulado un nuevo y distinto amparo con plazos generalmente más breves (provincia de Río Negro). Sagüés se inclina, con reservas, por el primer método: “En principio, el amparo genérico debe ser un trámite ágil y comprimido y de ahí que, como regla, no se justificaría para el hábeas data otra reducción suplementaria. No obstante, los particularismos locales pueden exigir una instrumentación peculiar para este último”.⁵⁰

La posición asumida por el texto constitucional (el hábeas data es una especie de amparo) no implica aceptar que todo lo regulado por la ley de amparo sea aplicable al hábeas data; en efecto, el objeto perseguido procesalmente difiere en ambos casos; por ejemplo se ha afirmado que para la procedencia del hábeas data no se requiere, en principio, arbitrariedad o ilegalidad manifiestas dado que procede ante la mera falsedad en el contenido de los datos o la discriminación que de ellos pudiere resultar (CNCAF, sala IV, Gaziglia c/BCRA y otro, amparo Ley 16986, DE 167-169); parece compartir esta posición Ekmedkdjián, Miguel A., *El hábeas data en la reforma constitucional*, LL 1995-E-947; para otros, en cambio, si se inicia la vía del amparo hay que probar un arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (Sagüés, Néstor P., *Subtipos de hábeas data*, JA, 1995-IV-532; conforme C.N.Civil, Sala A, 8/9/97, Pochini, Oscar c/Organización Veraz s/hábeas data, E.D., boletín del 6/11/97, fallo núm. 48.290.

⁴⁸ Voto del ministro Petracchi, considerando 8o.

⁴⁹ Voto del ministro Boggiano, considerando 3o.

⁵⁰ “El hábeas data: alcances y problemática”, *El derecho público actual. Homenaje a Pablo Ramella*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 189.

Con especial referencia al tema de la competencia, en aquellas jurisdicciones en las que existen tribunales ordinarios para lo contencioso administrativo, se ha resuelto mayoritariamente que “si la materia subexamine se relaciona con situaciones reguladas por el derecho privado y el registro o base de datos pertenece a un particular, corresponde la jurisdicción ordinaria sobre derecho común. Cuando en cambio, la situación jurídica a tutelar se relaciona con el ejercicio de la función administrativa y los registros o bases de datos pertenecen a la autoridad pública, el fuero competente debe ser, por su propia naturaleza, el contencioso administrativo” (voto del doctor Senín, C.C.A.Córdoba, García de Llanos c/Caja de Jubilaciones LL Córdoba 1995-948). En este sentido se ha dicho que no estando reglamentado el trámite de la acción de hábeas data, cabe aplicar por analogía las reglas de competencia fijadas por la acción de amparo Ley 16.986 por lo que resulta competente el fuero contencioso administrativo para entender en un hábeas data donde se solicitan pedidos de informes que versan sobre la presunta existencia de un sumario administrativo vinculado a la comisión de delitos e imputado de irregularidades administrativas a raíz de su desempeño como funcionario público (CNCAF, sala 3, 15/2/94, Basualdo JA, 1995-IV-349); en cambio, si la acción fue iniciada por un particular contra una empresa privada a fin de que se tutele su derecho a la intimidad mediante la interposición de un hábeas data, son competentes para entender en la misma los tribunales civiles, C.C.C.Sala G, 10/5/96, Falcionelli c/Organización Veraz, JA 1997-I-27; Sala H 25/9/95, Rosetti Serra c/Dun, JA 1995-IV-355, ED 164-300 y LL 1995-E-295, comentado laudatoriamente por Cifuentes, Santos, *Protección inmediata de los datos privados de la persona. Hábeas data operativo*). También se ha dicho que si no se pone en tela de juicio materia regida por la ley 19798 de telecomunicaciones, ni comprometen la responsabilidad del Estado, no resulta competente la justicia federal (CSN, 19/12/95, Steifensand E. c/Cablevisión, LL 1996-C-548).

Sin embargo, debe advertirse que no todos los hábeas data son iguales.

Un hábeas data que se limita a pedir simples datos en poder del demandado, podría llegar a justificar la vía no contradictoria del habeas corpus. En cambio, la Constitución Nacional no tolera la inexistencia del contradictorio cuando el actor reclama datos y copias de documentación que probablemente se encuentren en poder de terceros, se adelanta la pretensión rectificatoria, discute el derecho mismo a almacenar los datos, o se trata de supuestos en los que pueden plantearse cuestiones diversas, tales como la caducidad de los datos.

A veces, la obtención del dato puede ser de extremada urgencia y el amparo no ser la vía suficientemente rápida; por ejemplo si se los requiere con el fin de practicar una operación de urgencia. Sin embargo,

estos supuestos no encuadran típicamente en el procedimiento del hábeas data y encuentran solución a través de otras vías: las medidas autosatisfactivas.^{51 y 52}

2. *La acción y el proceso de hábeas data en Brasil, Perú, Argentina y Uruguay*

A. Brasil: el hábeas data en la Constitución y en la Ley 9507

Como se expresó supra, el hábeas data en el Brasil fue regulado en varios sectores de la Constitución. Del juego de las normas resultantes, es factible extraer varias conclusiones.

En primer lugar, que a tenor de lo dispuesto por el artículo 5o., inciso LXIX, el hábeas data es una acción de índole procesal constitucional. En tal sentido, explica Afonso da Silva que se trata de un remedio constitucional, un medio destinado a provocar la actividad jurisdiccional y que, por tal motivo, tiene naturaleza de acción, más específicamente de acción constitucional. Así,

⁵¹ Para este tema véase Peyrano, Jorge, *Informe sobre las medidas autosatisfactivas*, LL 1996-A-999; del mismo autor, *Lo urgente y lo cautelar*, JA 1995-I-899; *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares; tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, JA 1997-II-926; *Una nueva vía procesal para conservar el derecho a la privacidad: el proceso urgente*, Homenaje Escuela Procesal de Córdoba, Córdoba, Lerner, 1995, pp. 139 y ss.; Andorno, Luis O., *El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano*, JA 1995-II-887; Ríos, Gustavo A., “El proceso civil y los proyectos de reforma. Jaque a la pendencia”, *Libro de Ponencias, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Santa Fe, junio de 1995, p. 431; Carnota, Walter, *De cronogramas, amparos y medidas cautelares*, ED, pp. 162-167; Rivas, Adolfo, “La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional”, *La Ley actualidad*, diario del 22 de febrero de 1996. Compulsar, igualmente, Berizonce, Roberto, “Tutela anticipada y definitiva”, *VII Jornadas Bonaerenses De Derecho Civil, Comercial y Procesal*, Junín, 5-7 de setiembre de 1996; las medidas preliminares del juicio, etcétera (tal lo resuelto en un caso en que el actor requería tener conocimiento de los datos insertos en una historia clínica mediante la obtención de una fotocopia; los jueces rechazaron el hábeas data, pero calificaron la petición y se hizo lugar a ella como una preliminar. Véase CNC, Sala F 6/7/95, Bianchi de Sáenz c/Sanatorio Greyton, JA 1996-II-397, ED 165-255 con nota de Bidart Campos, *Y se hizo justicia... sin necesidad de hábeas data* y LL 1996-C-473, con nota de Claudia E. Baigorria, *Algunas precisiones sobre la procedencia del hábeas data*).

⁵² “Costa Esquivel, Oscar A. c/Co.de.me. s/Acción de Hábeas data”, resuelto el 17 de noviembre de 1997.

la Constitución incluye entre las garantías individuales el derecho de petición, el hábeas corpus, el mandamiento de seguridad, el mandamiento de inyucción, el hábeas data, la acción popular, a los que se les viene dando, en la doctrina y en la jurisprudencia, el nombre de remedios de derecho constitucional, o remedios constitucionales, en el sentido de medios puestos a disposición de los individuos y ciudadanos para provocar la intervención de las autoridades competentes, buscando sanar, corregir ilegalidades y abusos de poder en perjuicio de derechos e intereses individuales. Algunos de esos remedios son medios para provocar la actividad jurisdiccional y entonces, tienen naturaleza de acción: son acciones constitucionales...⁵³

Esta opinión es además compartida en la doctrina brasileña, entre otros, por Greco Filho,⁵⁴ Pinto Ferreira⁵⁵ y Cretella Júnior, quien indica que se trata de un instrumento constitucional, una acción civil especial, de rito sumario, y a su vez un derecho subjetivo público.⁵⁶

En segundo término, que se trata de una acción autónoma, que ostenta el mismo rango que el amparo y el hábeas corpus, y por ende reclama un cauce procesal propio, aunque éste debe ser más próximo al hábeas corpus que al amparo. Esto en razón de los motivos de fondo que llevaron al constituyente a pergeñar la nueva acción, y por los cuales precisamente se declara tanto al hábeas corpus como al hábeas data como acciones gratuitas.⁵⁷

En tercer lugar, que no es una acción residual —como sí lo es según el propio texto constitucional el amparo, que funciona en los supuestos en que no procede ni el hábeas corpus ni el hábeas data—, y constituye el puntapié que marca el inicio del proceso de hábeas data.

En cuarto término —y ello surge de la formulación del artículo 5o., inciso LXXII—, es una acción que no está asociada expresamente, en la Constitución, a la tutela de un derecho determinado. Antes bien, la crea-

⁵³ Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 8a. ed., San Pablo, Malheiros editores, 1992, pp. 386 y 397.

⁵⁴ Greco Filho, Vicente, *Tutela constitucional das liberdades*, San Pablo, Editora Saraiva, 1989, pp. 175-179.

⁵⁵ *Op. cit.*, nota 29, p. 421.

⁵⁶ *Op. cit.*, nota 28, pp. 113-122.

⁵⁷ La norma procesal reglamentaria de la figura constitucional demoró una década en ser aprobada, ya que recién en mediante Ley núm. 9.507, del 12 de noviembre de 1997, se dictó la norma que “regula el derecho de acceso a informaciones y disciplina el rito procesal del hábeas data”, donde en realidad se regulan preponderantemente sus aspectos procesales, esto es, sin desarrollar el derecho a la protección de datos.

ción de esta nueva figura se hace, antifuncionalmente, sin establecer los principios relativos al tratamiento de los datos ni reconocer un derecho específico al control de los mismos, es decir, se regula derechamente la garantía, sin determinar previamente los derechos que esta garantía viene a proteger, y sólo regulando unas pocas facultades para el legitimado activo. En este sentido, expresa Afonso da Silva que la Constitución brasileña no traza un dispositivo autónomo que contemple el derecho a conocer y rectificar datos personales, sino que ese derecho es otorgado incorrectamente en el mismo dispositivo que instituye el remedio de su tutela.⁵⁸ Sin embargo, señala el mismo autor, el hábeas data es un remedio constitucional que tiene por objeto proteger la esfera íntima de los individuos,⁵⁹ pero esta última afirmación no es totalmente compartida por la doctrina. Así, Morales Prats explica que el hábeas data es un conjunto de derechos que garantiza el control de la identidad informática,⁶⁰ y Crete-lla Júnior indica que el bien jurídico tutelado es el derecho de conocimiento de datos personales y de rectificarlos a través de la previsión de su garantía.⁶¹

En quinto lugar, el objeto de la acción, según la norma constitucional, es el de acceder a informaciones relativas a la persona del impetrante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público y, en su caso, rectificarlas. Se observa, en este aspecto, dos limitaciones importantes, la primera en cuanto a las facultades conferidas al concernido (sólo se reconocen las de acceder y rectificar), y la segunda, respecto de los legitimados pasivos de la acción (registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público).

Con respecto a la primera cuestión cabe aclarar que, más allá de que la norma constitucional prevea sólo dos acciones posibles frente al tratamiento ilegítimo de datos, esto es, acceder y rectificar, desde el ángulo doctrinal ese menú se ha ampliado considerablemente. En este sentido, Morales Prats expresa que:

el hábeas data implica el reconocimiento del derecho de conocer, del derecho de corrección, de substracción o anulación y de agregación sobre los datos depositados en un fichero electrónico que tiene por objeto proteger

⁵⁸ *Op. cit.*, nota 53, p. 397.

⁵⁹ *Cfr. op. cit.*, nota 27, p. 329, citado por *op. cit.*, nota 30, pp. 396 y 399.

⁶⁰ *Op. cit.*, nota 27, p. 399.

⁶¹ *Op. cit.*, nota 53, p. 397.

la esfera íntima de los individuos contra: a) Usos abusivos de registros de datos personales colectados por medios fraudulentos, desleales o ilícitos; b) Introducción en esos registros de datos sensibles, esto es, los de origen racial, opinión política, filosófica o religiosa, filiación partidaria y sindical, orientación sexual, etcétera, y c) Conservación de datos falsos o con fines diversos de los legalmente autorizados.⁶²

Y, por su parte, Afonso da Silva explica que, a su criterio, que:

el objeto del hábeas data consiste en asegurar: a) el derecho de acceso y conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, constantes en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales y de entidades de carácter público; el derecho de rectificación de esos datos, importando eso en actualización, corrección y hasta supresión, cuando son incorrectos.⁶³

Ahora bien, respecto de la segunda cuestión, la doctrina especializada se ha encargado de realizar una interpretación generosa de la frase “de carácter público”, extendiendo el radio de cobertura de la acción a varios casos de bancos de datos privados, en criterio luego receptado por su ley reglamentaria.

En este sentido, Cretella Júnior indica que:

el hábeas data es un instrumento que permite al interesado exigir el conocimiento de registros y datos relativos a su persona que se encuentren en reparticiones públicas o particulares accesibles al público, con el objeto eventual de solicitar su rectificación, la cual sólo podrá ejercerse luego de satisfecho el pedido de exhibición de los datos, peticionando, entonces sí, la corrección, mediante el camino indicado por la Constitución: sigiloso, administrativo o judicial. Esta última finalidad —concluye— es realmente la principal novedad que la Constitución aporta al régimen jurídico preexistente.⁶⁴

⁶² *Op. cit.*, nota 59, pp. 396-399.

⁶³ *Op. cit.*, nota 53, p. 398.

⁶⁴ Continúa relatando Cretella Júnior que “En la práctica, los datos que obran en registros de órganos públicos hacen fe pública y no pueden ser contestados, a no ser con prueba incuestionable, presentada en contrario. Es el caso, por ejemplo, de un solicitante de informaciones respecto de comicio o asalto de que hubiese participado. La rectificación es un poder-deber del Estado, en el caso de que el interesado pruebe que, en aquél día y hora, estaba en otro punto del país o internado en un hospital, o en su empleo. En ese caso, la rectificación es obligatoria” (*op. cit.*, nota 28, pp. 113-122).

En la misma línea, Pinto Ferreira señala que el hábeas data, como remedio, busca asegurar el acceso a informaciones sobre la propia persona, evitando daños morales que violan valores sagrados para los ciudadanos probos con informaciones incorrectas por parte de los bancos de datos, que hoy se constituyen como formidables fuentes de información, sean gubernamentales o de carácter privado. Distingue, asimismo, entre dos acciones especiales de hábeas data:

- a) El hábeas data preventivo, en el sentido de que previene, acautela y evita.
- b) El hábeas data correctivo, que tiene por finalidad la rectificación de informaciones incorrectas o falsas.⁶⁵

Por su parte, Othon Sidou aclara que sujeto pasivo de la garantía es quien tiene bajo su custodia un “banco de datos” de carácter público o con función social de relevancia pública. No tendría razón de ser la colocación del el disyuntivo si así no fuera, puesto que toda entidad gubernamental es de carácter público.⁶⁶ En idéntico sentido se expide Afonso da Silva,⁶⁷ y también Greco Filho, quien indica que la restricción del instituto fue establecida deliberadamente en la Constitución, y que se debe entender por “entidad gubernamental o de carácter público” a todo organismo controlado por el Poder Público, como los bancos o instituciones financieras.⁶⁸ Por ello, por ejemplo, el Servicio de Protección del Crédito (SPC) reviste el carácter de banco público de datos, y puede ser sujeto pasivo obligado a brindar los datos al impetrante salvo que el sigilo fuera imprescindible para la seguridad del Estado y de la sociedad.⁶⁹

Así, en definitiva, la frase “de carácter público” permite alcanzar a los bancos privados,⁷⁰ aunque éstos deben prestar un servicio público.⁷¹

De todos modos, dependiendo del tipo de legitimado pasivo de que se trate y de la finalidad de su registro, escapan al hábeas data ciertas operaciones sobre registros personales. Indica Lopes Meirelles que:

⁶⁵ *Op. cit.*, nota 29, pp. 421 y 429.

⁶⁶ *Op. cit.*, nota 26, p. 452.

⁶⁷ *Op. cit.*, nota 30, p. 386.

⁶⁸ *Op. cit.*, nota 64, pp. 175-179.

⁶⁹ *Op. cit.*, nota 28, pp. 113-122.

⁷⁰ *Op. cit.*, nota 27, p. 421.

⁷¹ *Op. cit.*, nota 26, p. 452.

no todo registro será comunicado a quien lo desee, porque aquellos relacionados con la defensa nacional continuarán en secreto, como los del Servicio Nacional de Informaciones, destinados únicamente al conocimiento del presidente de la República y de las autoridades responsables por la seguridad de la sociedad y del Estado.⁷²

Sin embargo, de Abreu Dallari destaca que la doctrina entendió que para el hábeas data no hay sigilo porque nada justifica negar la información al propio interesado, y ello también fue establecido jurisprudencialmente.⁷³

En sexto término, cabe evaluar que se encuentra legitimado activamente sólo la persona a quien los datos refieran, pues la regla expresa que “se concederá hábeas data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante”, con lo cual sólo puede interponer el hábeas data quien es el titular de los datos registrados, sea persona física o jurídica;⁷⁴ por lo que no se encontrarían legitimados los familiares más cercanos,⁷⁵ salvo que el titular de los datos hubiere fallecido,⁷⁶ y no interesa si se trata de un brasileño o de un extranjero, siempre que resida en el país.⁷⁷

La escueta Ley 9507, dictada una década después de incorporada la acción en la Constitución, regula unos pocos aspectos relativos a ésta, al derecho a la protección de datos y al proceso de hábeas data.

Los primeros artículos se refieren al derecho a la protección de datos, y se ocupan concretamente de determinar qué se considera registro o banco de datos de carácter público (artículo 1o., donde sigue los lineamientos trazados por la doctrina en cuanto a un desarrollo del texto cons-

⁷² Lopes Meirelles, Hely, *op. cit.*, nota 31, pp. 153-164.

⁷³ Dalmo de Abreu Dallari, *Seminario Iberoamericano sobre Acción de Hábeas Data*, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 9-11 de abril de 1997.

⁷⁴ Lopes Meirelles, Hely, *op. cit.*, nota 31, pp. 153-164; Pinto Ferreira, Luis, *op. cit.*, nota 29, p. 421.

⁷⁵ Greco Filho, Vicente, *op. cit.*, nota 54, pp. 175-179.

⁷⁶ Señala Zúñiga Urbina que pese a que se trata de un derecho personalísimo del titular de los datos, “una decisión del Tribunal Federal de Recursos (ahora STJ), en Plenario, admitió que los herederos legítimos o el cónyuge superviviente podrían impetrar el “writ” (H.D., núm. 001-DF, DJU, 2 de mayo de 1989, p. 6774, Sección I). Es una decisión que supera la mera interpretación literal del texto, con justicia, pues no sería razonable que se continúe haciendo uso ilegítimo e indebido de los datos del muerto, afrontando su memoria, sin que hubiese medio de corrección adecuado” (Zúñiga Urbina, Francisco, *op. cit.*, nota 6).

⁷⁷ Othon Sidou, J. M., *op. cit.*, nota 26, p. 452; Zúñiga Urbina, Francisco, *ibidem*.

titudinal abarcativo de los registros privados)⁷⁸ y de regular aspectos relativos a la fase extrajudicial del ejercicio de aquél, refiriéndose al requerimiento; a los plazos con que cuenta la entidad productora o depositaria de las informaciones para decidir sobre su admisión o rechazo y el plazo de comunicación de esa decisión (artículo 2o.)⁷⁹ a la fijación de un día y hora para la exhibición de los datos (artículo 3o.)⁸⁰ y al procedimiento de rectificación de los datos frente a inexactitudes (para lo cual se exige que el interesado acompañe documentos comprobatorios) o de inserción de explicaciones o contestaciones en el registro del interesado, aunque no se constate la inexactitud del dato (artículo 4o.).⁸¹

La norma luego establece las hipótesis de procedencia de la acción, donde agrega a los dos objetivos constitucionales (asegurar el conocimiento de informaciones y la rectificación de datos), el de anotar en los asientos del interesado la contestación o explicación sobre un dato verdadero pero justificable, que se encuentre cuestionado en sede judicial o amigable (artículo 7o.),⁸² y se ocupa de aspectos relativos al proceso: la

⁷⁸ Artículo 1o. (vetado).

Parágrafo único. Considérase de carácter público todo registro o banco de datos que contenga informaciones que sean o que puedan ser transmitidas a terceros o que no sean de uso privativo del órgano o entidad productora o depositaria de las informaciones.

⁷⁹ Artículo 2o. El requerimiento será presentado al órgano o entidad depositaria del registro o banco de datos y será concedido o rechazado en el plazo de cuarenta y ocho horas.

Parágrafo único. La decisión será comunicada al requirente en veinticuatro horas.

⁸⁰ Artículo 3o. Al admitir el pedido, el depositario del registro o del banco de datos fijará día y hora para que el requirente tome conocimiento de las informaciones.

Parágrafo único (vetado).

⁸¹ Artículo 4o. Constatada la inexactitud de cualquier dato a su respecto, el interesado en petición acompañada de documentos comprobatorios, podrá requerir su rectificación.

§ 1o. Hecha la rectificación en el máximo de diez días después de la entrada del requerimiento, la entidad u órgano depositario del registro o de la información dará conocimiento al interesado.

§ 2o. Aunque no se constate la inexactitud del dato, si el interesado presenta explicación o contestación sobre el mismo, justificando la posible diferencia sobre el hecho objeto del dato, tal explicación será anotada en el catastro del interesado.

Artículo 5o. (vetado).

Artículo 6o. (vetado).

⁸² Artículo 7o. Concédese “hábeas data”:

I. Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del imputante, obrantes en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;

forma y contenidos mínimos de la demanda y la prueba que ha de acompañarse (artículo 8o.);⁸³ su rechazo *in limine* y el recurso contra tal rechazo (artículo 10);⁸⁴ el traslado de la demanda, que se hará por diez días (artículos 9o. y 11);⁸⁵ los plazos para la intervención del Ministerio Público y el dictado de sentencia (artículo 12);⁸⁶ el contenido de la sentencia y su notificación (artículo 13);⁸⁷ la posibilidad de deducir el recurso

II. Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso secreto, judicial o administrativo;

III. Para la anotación en los asientos del interesado, de contestación o explicación sobre dato verdadero pero justificable y que esté en pendencia judicial o amigable.

⁸³ Artículo 8o. La petición inicial, que deberá contener los requisitos de los artículos 282 a 285 del Código de Procedimiento Civil, será presentada en dos vías, y los documentos que constituyan la primera serán reproducidos por copia en la segunda.

Parágrafo único. La petición inicial deberá ser instruida con prueba:

I. De la negativa al acceso a las informaciones o del decurso de más de diez días sin decisión;

II. De la negativa de hacer la rectificación o del decurso de más de quince días, sin decisión; o

III. De la negativa de hacer la anotación a que se refiere el § 2o. del artículo 4o. o del decurso de más de quince días sin decisión.

⁸⁴ Artículo 10. La inicial será desde luego rechazada, cuando no fuera el caso de “hábeas data”, o si le faltara alguno de los requisitos previstos en esta ley.

Parágrafo único. Del despacho de rechazo cabrá el recurso previsto en el artículo 15.

⁸⁵ Artículo 9o. Al despachar la inicial, el juez ordenará que se notifique al demandado del contenido de la petición, entregándole la segunda vía presentada por el impetrante, con las copias de los documentos, a fin de que, en el plazo de diez días, preste las informaciones que juzgara necesarias.

Artículo 11. Hecha la notificación, el Secretario en cuyo escritorio corra el hecho, adjuntará a los autos copia auténtica del oficio dirigido al demandado y la prueba de la su entrega a este o de la negativa, sea de recibirlo, sea de dar recibo.

⁸⁶ Artículo 12. Vencido el plazo al que se refiere el artículo 9o., y oído el representante del Ministerio Público dentro de cinco días, los autos serán remitidos al juez para que adopte la decisión, que será proferida en cinco días.

⁸⁷ Artículo 13. En la decisión, si juzgara procedente el pedido, el juez fijará día y horario para que el demandado:

I. Presente al impetrante las informaciones a su respecto, obrantes en registros o bancos de datos; o

II. Presente en juicio la prueba de la rectificación o de la anotación hecha en los asientos del impetrante.

Artículo 14. La decisión será comunicada al demandado, por correo, con aviso de recibimiento, o por telegrama, radiograma o telefonema, conforme lo requiriera el impetrante.

Parágrafo único. Los originales, en el caso de transmisión telegráfica, radiofónica o telefónica deberán ser presentados a la agencia expedidora, con la firma del juez debidamente reconocida.

de apelación contra ésta, y la forma de concesión del mismo —con efecto devolutivo cuando la acción fuera admitida— (artículos 15 y 16);⁸⁸ la reeditabilidad de la acción cuando la decisión denegatoria no hubiere apreciado el mérito (artículo 18)⁸⁹ y la prioridad que se le otorga a los procesos de “hábeas data” sobre todos los actos judiciales, con excepción del “hábeas corpus” y el mandado de seguridad (artículo 19).⁹⁰ Por último, se ocupa de aspectos relativos a la dinámica judicial y a la competencia (artículos 17 y 20)⁹¹ y dispone la gratuidad del ejercicio extrajudi-

⁸⁸ Artículo 15. De la sentencia que conceda o deniegue el “hábeas data” cabe apelación.

Parágrafo único. Cuando la sentencia concediera el “hábeas data”, el recurso tendrá efecto meramente devolutivo.

Artículo 16. Cuando el hábeas data fuera concedido y el presidente del Tribunal al que compete el conocimiento del recurso ordenara al juez la suspensión de la ejecución de la sentencia, de ese acto cabrá agravio ante el Tribunal que preside.

⁸⁹ Artículo 18. El pedido de “hábeas data” podrá ser renovado si la decisión denegatoria no hubiera apreciado el mérito.

⁹⁰ Artículo 19. Los procesos de “hábeas data” tendrán prioridad sobre todos los actos judiciales, excepto el “hábeas corpus” y el mandado de seguridad. En la instancia superior, deberán ser llevados a juzgamiento en la primera sesión que siga al día en que, hecha la distribución, fueran concluidos al relator.

Parágrafo único. El plazo para la conclusión no podrá exceder de veinticuatro horas, a contar de la distribución.

⁹¹ Artículo 17. En los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los demás Tribunales cabrá al relator la instrucción del proceso.

Artículo 20. El juzgamiento del “hábeas data” compete:

I. Originariamente: a) al Supremo Tribunal Federal, contra actos del presidente de la República, de las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del Procurador General de la República y del propio Supremo Tribunal Federal; b) al Superior Tribunal de Justicia, contra actos de Ministro de Estado o del propio Tribunal; c) a los Tribunales Regionales Federales contra actos del propio Tribunal o de juez federal; d) a juez federal, contra acto de autoridad federal, exceptuados los casos de competencia de los tribunales federales; e) a tribunales estatales, según lo dispuesto en la Constitución del Estado; f) a juez estadual, en los demás casos.

II. En grado de recurso: a) al Supremo Tribunal Federal, cuando la decisión denegatoria fuera proferida en única instancia por los Tribunales Superiores; b) al Superior Tribunal de Justicia, cuando la decisión fuera proferida en única instancia por los Tribunales Regionales Federales; c) a los Tribunales Regionales Federales, cuando la decisión fuera proferida por juez federal; d) a los Tribunales Estadales y a los del Distrito Federal y Territorios, conforme dispusieren la respectiva Constitución y la Ley organizativa de la Justicia del Distrito Federal.

III. Mediante recurso extraordinario al Supremo Tribunal Federal, en los casos previstos en la Constitución.

cial del derecho a la protección de datos y de la acción de hábeas data (artículo 21).⁹²

La ley reglamentaria deja en definitiva muchos aspectos centrales del derecho a la protección de datos y de la acción y el proceso constitucional de hábeas data sin resolver, situación que amerita ser revertida, preferentemente con el dictado de una nueva ley que trate integralmente la problemática, al estilo de las normas europeas sobre protección de datos, a la que se le adicionen disposiciones específicas relacionadas con la acción y el proceso de hábeas data.

Es que, además, pese a las especiales características que rodearon la incorporación de la novel figura constitucional —que debieron acercar su reglamentación más hacia el hábeas corpus y por lo tanto hacerla mucho más flexible, garantista e informal—, finalmente, y tal como lo expresa Barbosa Moreira, la Ley 9507 siguió en líneas generales el patrón del *mandado de segurança*, tal como fue configurado en la Ley 1533 del 31 de diciembre de 1951. En este sentido, por ejemplo, antes de la Ley 9507, y basándose en la previsiones de aquel *writ*, parte de la doctrina consideró dispensable la provocación previa de la entidad supuestamente depositaria de la información, y sin embargo el legislador optó por tal solución restrictiva —aunque la jurisprudencia se había inclinado por la tesis contraria—, con lo cual, no configurada la resistencia de la entidad, faltaría al impetrante interés procesal. Por lo tanto, la patente afinidad entre el *mandado de segurança* y el hábeas data, lleva a que las lagunas del nuevo dispositivo legal deban, en principio, ser completadas mediante la aplicación analógica de las disposiciones de aquél, con lo cual se desprende la simplicidad y (se espera) la celeridad del rito.⁹³

B. Perú: el hábeas data en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional

Inmediatamente después de su incorporación constitucional en la carta de 1993, el hábeas fue reglamentado mediante la actualmente derogada Ley 26.031, que entró en vigencia el 3 de mayo de 1994, y que reguló

⁹² Artículo 21. Son gratuitos los procedimientos administrativos para acceso a informaciones y rectificación de datos y para la anotación de justificación, así como la acción de “hábeas data”.

⁹³ Barbosa Moreira, *op. cit.*, nota 38, pp. 1099 y 1108.

conjuntamente a esta acción y la de cumplimiento, y lo hace de manera ciertamente deficitaria, pues, como lo destacara por aquél entonces Abad Yupanqui: “esta norma constituyó un primer intento de regulación, un esfuerzo transitorio, coyuntural e incompleto respecto de una materia en la que falta mucho por hacer”.⁹⁴ La ley reglamentaria, pese a las críticas que pesaron sobre ella, rigió una década, hasta que el Congreso peruano aprobara, en 2004, la Ley 28.637, que implanta en ese país un Código Procesal Constitucional, que regula de una manera integral los procesos a través de los cuales se tramitan las acciones previstas en los artículos 200 y 202, inciso 3 de la Constitución (hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y conflictos de competencia), derogando completamente el mosaico de leyes que los regularon hasta su sanción.

El Código contiene reglas aplicables a la acción y al proceso de hábeas data en varios sectores, en concreto, en el “título preliminar”, en el título I (“Disposiciones generales de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento”); en los títulos III (“Proceso de amparo”), IV (“Proceso de hábeas data”), y en las disposiciones finales y derogatorias.⁹⁵ Tanto las normas derivadas del título preliminar como las

⁹⁴ Abad Yupanqui, Samuel B., “Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales 10*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 268-270.

⁹⁵ Los principales rasgos de la regulación son los siguientes: 1) Los legitimados para interponer la acción surgen de los artículos 40 y 41. 2) Los derechos por los que éstos pueden accionar emanan del artículo 61. 3) La finalidad del proceso deriva de los artículos II y 1. 4) Las reglas de competencia surgen del juego de los artículos IV, 12, 51 y de la disposición final tercera. 5) El trámite debe regirse por lo dispuesto en los artículos III, IX, 13 y 53. 6) El principio de gratuidad para el demandante surge del artículo III y de la disposición final quinta. 7) La demanda debe cumplir con los requisitos enumerados en el artículo 42, pudiendo acumularse las pretensiones a las que refiere el artículo 64. 8) Los supuestos de procedencia se encuentran en los artículos 2 y 23. 9) La improcedencia se regula en el artículo 5. 10) La inadmisibilidad se refiere en los artículos 42, 47 y 48. 11) Los supuestos de caducidad de la acción (que también lo son de inadmisibilidad) se regulan en el artículo 44. 12) La necesidad de agotar las vías previas (también constituye un supuesto de inadmisibilidad) y la excepción a esta regla, se refiere en los artículos 45, 46 y 62. 13) La posibilidad de rechazar la acción *in limine* se regula en los artículos 47 y 48. 14) La facultad judicial de acceder a los datos y a los sistemas de información es reconocida en el artículo 63. 15) Lo referido a las excepciones y defensas previas, en concreto a la posibilidad de su interposición y el momento de su resolución, se regula en el artículo 10. 16) La reconvencción y el abandono del proceso se prohíben en el artículo 49. 17) El

contenidas en las disposiciones finales en manera alguna dificultan el desarrollo de la figura, por lo que nos ceñiremos en adelante a las emergentes de los títulos I, III y IV.

a. Reglas contenidas en el título I “Disposiciones Generales de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento”

En este título se establecen reglas generales que resultan de aplicación —en algunos casos, parcial— para los procesos contenidos en los títulos II a V (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento), y entre ellas merecen comentario las siguientes disposiciones:

a) La norma que declara que en los supuestos en que se esté frente a resoluciones judiciales, sólo serán procedentes los procesos de hábeas corpus y amparo frente a resoluciones judiciales firmes (artículo 4o.), excluyendo de tal posibilidad a las acciones de hábeas data y de cumplimiento.⁹⁶

desistimiento se admite en el artículo 49. 18) Lo relativo a la acumulación de los procesos se regula en el artículo 50. 19) La posibilidad de la acumulación subjetiva de oficio se permite en el artículo 43. 20) Las reglas relativas al litisconsorcio se prevén en el artículo 54. 21) Lo referente a las medidas cautelares se regula en los artículos 15 y 16. 22) El régimen de notificaciones se menciona en el artículo 14. 23) Lo relativo a la prueba se prevé en los artículos 9 y 21. 24) Lo referente a la sentencia de primera instancia se desprende de los artículos 1, 17, 53, 55. 25) El régimen apelatorio de la sentencia se regula en el artículo 57. 26) El trámite en segunda instancia se encuentra desarrollado en el artículo 58. 27) Lo relativo a la sentencia de segunda instancia surge de lo normado en los artículos 58 y 11. 28) El recurso de agravio constitucional ante la sentencia de segunda instancia y el de queja por denegación de éste se contemplan en los artículos 18 y 19. 29) Lo referente al pronunciamiento del Tribunal Constitucional; a los supuestos en que tal decisión constituye un precedente vinculante y al agotamiento con éste de la jurisdicción nacional se expresa en los artículos 20, VII y 24. 30) Lo atinente a la cosa juzgada se prevé en el artículo 6. 31) Lo relativo a las costas y costos surge de lo dispuesto en los artículos III y 56. 32) Los medios de publicación de las sentencias finales y aclaratorias dictadas en las instancias inferiores y a la de las emanadas del Tribunal Constitucional se regulan en las disposiciones finales cuarta y séptima. 33) Lo referido a la ejecución de las sentencias y a la represión de actos homogéneos posteriores a su dictado, se regula en los artículos 22, 59 y 60.

⁹⁶ Nos parece que habrá que tener cuidado al aplicar esta norma, especialmente en el caso del hábeas data ejercido respecto del derecho a la protección de datos, pues, como lo

b) Las reglas relativas a la improcedencia de los procesos referidos en este título (artículo 5o.). Entre ellas se expresa que ninguno de los procesos mencionados en el título procede cuando:

- Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (disposición que no resulta de aplicación cuando se trate del proceso de hábeas corpus).⁹⁷
- No se hayan agotado las vías previas —aquí el propio Código contiene ciertas excepciones para el hábeas data en el artículo 62, y no lo exige en el proceso de hábeas corpus—. ⁹⁸
- Al momento de presentación de la demanda hubiera cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se hubiera convertido en irreparable.⁹⁹

veremos *infra*, al evaluar los alcances de la cosa juzgada según el artículo 6o., en este caso existen dos planos de juzgamiento que no deben confundirse; el de la relación de fondo, y el de la compatibilidad o no del tratamiento de los datos con relación a los principios legales que lo rigen. Si ambos se confunden, entonces la regla podría traer serias dificultades en su aplicación (por ejemplo si por vía de una decisión judicial firme se declara que una deuda está vencida o vigente, ello no necesariamente debe incidir en la resolución que se tome acerca de la legitimidad o no del tratamiento).

⁹⁷ Sobre este punto vale apuntar que habrá que tener cuidado con el alcance judicial que pueda dársele a la calificación de “vías procedimentales específicas” a fin de evitar eventuales obturaciones judiciales, toda vez que tanto el amparo como el hábeas corpus tienen aptitud para tutelar los mismos derechos que el hábeas data y en algunos casos tal vez el hábeas corpus pudiera hacerlo de manera muy eficaz. Sobre el particular nos parece —y no nos cabe duda alguna que ésta fue la intención de los mentores del Código— que a esta disposición ciertamente debe entenderse de manera restrictiva, asumiendo que en materia de protección de datos o de acceso a la información pública, el hábeas data es la vía procesal por excelencia.

⁹⁸ Las vías previas, especialmente en materia de protección de datos, contribuyen a evitar el innecesario congestionamiento tribunalicio con procesos que innecesariamente son iniciados pese a que la intervención judicial pudo evitarse mediante un requerimiento extrajudicial previo. Claro que estas vías previas, administrativas o no, no deben ser reglamentadas de manera que obturen el acceso a una tutela efectiva de los derechos. Un ejemplo acertado de regulación legal de la vía previa en materia de protección de datos (aunque puede criticarse las injustificadas diferencias en los plazos otorgados al respecto) pueden encontrarse en los artículos 14 y 16 de la Ley Argentina de Protección de Datos Personales, núm. 25.326, y también, como veremos, en el mencionado artículo 62 del Código Procesal Constitucional peruano.

⁹⁹ Aquí debe tenerse presente que, respecto de la materia de protección de datos, es difícil que pueda funcionar la excepción contenida en la segunda parte de la previsión,

- Hubiera vencido el plazo para interponer la demanda (regla que no es de aplicación al proceso de hábeas corpus). Este aspecto merece ser tratado con cautela, pues debió extenderse lisa y llanamente la excepción del hábeas corpus también al hábeas data, toda vez que la acción para controlar el modo en que se procede al tratamiento de datos de carácter personal o para conocer información pública no debe estar sujeta a plazo de caducidad alguno.¹⁰⁰

c) Las reglas del artículo 23, que aluden a la procedencia de los procesos constitucionales durante los regímenes de excepción, y que en concreto norman que estos procesos no se suspenden durante la vigencia de tales periodos pero que sólo tienen andamiaje cuando la acción que se instaure se refiera a derechos constitucionales que no han sido suspendidos, aunque ello también es relativo, pues también proceden estos procesos en los casos de interposición en relación con derechos suspendidos, cuando el órgano jurisdiccional encuentre que las razones que lo sustentan no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o bien cuando el acto resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez.¹⁰¹

porque siempre que un dato sea utilizado en violación a los principios que regulan su tratamiento, y salvo hipótesis de laboratorio (por ejemplo que todos los seres humanos que por cualquier motivo estén o puedan estar relacionados con esa persona hayan tomado conocimiento de un dato sensible) el daño que se ocasione nunca terminará de consumarse y por ende no podrá convertirse en irreparable.

¹⁰⁰ En ambos casos, se trata de acceder a la información en sí misma, y el ejercicio de esos derechos no deben estar limitados temporalmente —salvo las restricciones transitorias respecto de determinados secretos de Estado, por las que se permite no brindar determinada información durante un lapso predeterminado de tiempo (por ejemplo la pueda afectar la seguridad nacional, como la localización de tropas o de armas nucleares durante un conflicto bélico)—. Por otra parte, y como lo veremos *infra*, cuando analicemos el artículo 44, cabe interpretar que el plazo nunca comienza a correr —en especial en lo relativo al tratamiento de datos personales— por cuanto la lesión o amenaza, si se estuviera produciendo, es de carácter continuo (por ejemplo la mera permanencia en un registro de morosos de quien no lo es, provoca un daño permanente mientras ese dato no sea retirado del banco de datos que lo contiene).

¹⁰¹ La norma en cuestión es acertada, pero cabe ponderar el fuerte revés que está sufriendo el “derecho de la protección de datos” y también el derecho de acceso a la información pública desde que, a partir de la reacción del gobierno estadounidense frente a los

d) Con respecto a las reglas de trámite, aparece en el artículo 6 una particularidad interesante, cuando éste dispone que ostenta el carácter de cosa juzgada sólo la decisión final que se pronuncie sobre el fondo. La cuestión, con relación al hábeas data por el cual se tutela el derecho a la protección de datos, radica en determinar cuál es el alcance de esa cosa juzgada, ya que se han presentado dificultades cuando se ha querido extender a la relación de fondo (la exigibilidad de la deuda) los efectos de una sentencia que declara que por verificarse la violación a alguno de los principios del tratamiento de datos debe eliminarse un dato de un registro determinado.¹⁰²

atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 —reiterados luego sobre España en marzo de 2004, y en Inglaterra en julio de 2005—, la globalización de la lucha contra el terrorismo ha habilitado mayores poderes de control a fin de prevenir futuros ataques. Entre ellos, los Estados Unidos dictaron una serie de normas —entre las que se destaca especialmente la *USAPA* o *Patriot Act* (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*), por las que se autorizó a las agencias de seguridad e inteligencia a inmiscuirse en aspectos privados de las personas e incluso acceder a datos de carácter personal, ingresando en las comunicaciones realizadas por Internet, rastreando destinos, analizando contenidos de operaciones comerciales, cuentas bancarias, tarjetas de crédito, correos electrónicos, etcétera, con escaso o nulo control judicial, además de muchas otras facultades extraordinarias. A ello se agregaron controles migratorios estrictos que incluyen la obtención y registración de datos de carácter personal de los viajeros internacionales, así como de la totalidad de los ciudadanos de otros países, especialmente los latinoamericanos, a empresas privadas (por ejemplo *Choicepoint*). Esta obsesión por el control de algún modo comenzó a expandirse tanto en Europa (especialmente luego de los atentados sufridos en Madrid y Londres) como en América Latina, como ocurre en los casos de Colombia —especialmente a partir del “Estatuto antiterrorista” de 2003— y Argentina —a partir de la reciente programación de una “megabase” pública con datos de diversas fuentes bajo el supuesto fin de controlar primordialmente el cumplimiento de leyes tributarias y previsionales, y de la modificación a la Ley 25.783, sobre el régimen de telecomunicaciones, por la que se previó obligar a los prestadores de estos servicios a mantener por un lapso de diez años bancos de datos con información privada, y se prevé la dotación de recursos humanos y tecnológicos para el seguimiento remoto de comunicaciones por el Poder Judicial o el Ministerio Público—.

¹⁰² En concreto, el problema radica en que, a diferencia de lo que ordinariamente ocurre en los demás procesos constitucionales —o incluso en este mismo, cuando se refiere al ejercicio del derecho de acceso a la información pública—, la decisión final que se adopte se aplica sin problemas a la relación de fondo, pero aquí generalmente no ocurre así, y no puede decirse lisa y llanamente que porque un dato debió ser eliminado de una base de datos porque, por ejemplo, en el estrecho marco del hábeas data no se probó acabadamente el origen o vigencia de la deuda, además de eliminarse el dato debe entenderse a ésta por cancelada o viceversa. En tal sentido, la ley argentina de protección de datos

e) En los artículos 15 y 16, el Código expresa que en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento (se excluye al hábeas corpus) se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio, siempre que se acredite la apariencia del derecho, el peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión. Se destaca además su dictado inaudita pars, y la concesión de la apelación de éstas con carácter no suspensivo, exceptuándose estos principios cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, donde prevé un trámite especial con traslado previo y con apelación suspensiva.¹⁰³

Esta regla se vislumbra como gravemente limitativa y por ende violatoria respecto de principios básicos de todo sistema constitucional que respete los derechos individuales y en especial reconozca un verdadero derecho a la tutela judicial efectiva, a la previsión que establece un régimen diferencial en el trámite cautelar cuando la solicitud de medida cautelar tiene por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional.

Más allá de destacar que ello no estaba contenido en el proyecto original, cabe afirmar enfáticamente que no existe razón válida alguna para establecer un régimen diferencial para ciertas administraciones públicas,¹⁰⁴ y mucho menos cuando se trata del cuestionamiento de datos de

personales dispone, en su artículo 43 que el rechazo de la acción no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

¹⁰³ Aclara el Código que estas cuestiones serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente. En tales casos requiere que de la solicitud se corra traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público, que con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización, y que la resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

¹⁰⁴ Refiriéndose a una idéntica situación generada por el artículo 15 de la Ley 16.986, regulatoria del amparo contra actos de autoridad en la Argentina, Sagüés explica que la concesión de la apelación “en ambos efectos” (lo que establece la letra del artículo 15 de la Ley 16.986) implica que una medida cautelar autorizada por el juez de primera instan-

carácter personal, donde el alcance de la cautelar ordinariamente no tiene entidad para causar un perjuicio importante, como sí podría ocurrir, por ejemplo en un amparo donde cautelarmente se disponga la paralización de una licitación internacional o de la construcción de un camino.

cia no puede ejecutarse hasta que sea confirmada por la cámara, si es apelada, y que “Esto implicó, cuando fue dictada la norma, un apartamiento del legislador respecto de los antecedentes obrantes en la materia, fundado expresamente en los riesgos institucionales que un amparo podía provocar, al contraponer distintos poderes del Estado, y que debía haber una suerte de respaldo judicial superior a lo resuelto por un juez de primera instancia en el tema, antes de ejecutarse lo decidido respecto de una medida precautoria. Sin embargo, entre 1966 y la actualidad ha existido una provechosa evolución en torno al concepto constitucional del *debido proceso*, como del de *defensa en juicio*, adosándose a ellos la idea de *tutela efectiva* de justicia. Dicho de otro modo, si hay justicia pero ella no atiende debida e idóneamente al afectado, tampoco hay debido proceso.

Continúa explicando que la conciencia jurídica dominante no puede menos que advertir que si una medida cautelar es bien dictada a fin de evitar un gravamen irreparable que se produciría con la tramitación regular del proceso sin la emisión de aquélla, portando su promotor verosimilitud en su derecho, todo ello autoriza la adopción de la referida medida. En cambio, su denegatoria incurriría en inconstitucionalidad, al no ser brindada por el sistema jurídico (y judicial) una respuesta inmediata y urgente a lo requerido.

Una vez expedida, la medida cautelar urgente tiene que ser inmediatamente efectivizada, ya que si así no fuera, no habría allí “tutela judicial efectiva”. Y si se admite su apelación con efecto suspensivo, parece palmario que no se satisfará la exigencia constitucional, ya que el tránsito del recurso, y el tiempo necesario para resolverlo, podría generar allí un gravamen irreparable.

Lo dicho permite abonar la declaración de inconstitucionalidad del aludido artículo 15 (en cuanto al efecto recursivo con el que se otorga la apelación), a la luz del artículo 18 de la Constitucional nacional aun antes de la reforma de 1994. Por supuesto, el nuevo artículo 43 de la Constitución, al definir como “acción expedita y rápida”, refuerza la anterior conclusión, dado que la *expeditividad* del amparo exige respuestas prontas, libres de estorbos, aptas para brindar un remedio útil ante la posibilidad de un daño de imposible o difícil reparación ulterior, cosa que raramente se logrará si la apelación ante la medida otorgada, lo es con efecto suspensivo.

En un orden paralelo de ideas varios documentos internacionales que hoy tienen jerarquía constitucional, a tenor del nuevo artículo 75, inciso 22, de la Constitucional nacional, refuerzan la conclusión aludida. Específicamente el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, del cual se extraen —entre otras— dos importantes consecuencias, a saber: *a*) el referido Pacto tutela aquí, desde el punto de vista procesal, tanto los derechos enunciados en el mismo Pacto, como los emergentes de la constitución o de ley local, y *b*) al imponer la existencia de un “recurso efectivo”, avala igualmente la incompatibilidad entre la apelación con efecto suspensivo de la medida cautelar otorgada en primera instancia en un amparo, con el Pacto de San José de Costa Rica, dado que tal ti-

f) Una cuestión adicional importante radica en la aplicación de la previsión incluida en el artículo 16 por la cual se dispone que el sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad, y que de verificarse la misma, en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.

La incorporación de este tipo de previsiones es un acierto, aunque merece la pena detenerse en la posibilidad de reclamar indemnizaciones dentro de un proceso de hábeas data ya no sólo en relación con una cautelar que pudiera haber provocado un daño, sino también como respuesta a la situación de fondo evaluada en la sentencia, esto es, ante la acreditación de la utilización *contra legem* de datos de carácter personal, puesto que tales daños podrían ser resarcidos, aunque siempre deben ser correctamente merituados, teniendo en cuenta exclusivamente aquellos que se han razonablemente provocado por el indebido tratamiento de los datos.

En otras palabras, bien puede admitirse que si en un proceso de hábeas data se declara ilegal el tratamiento de un dato que le adjudica a una persona, por ejemplo, el carácter de deudor de una entidad financiera, la sentencia incluya una condena a resarcir los daños que se pudieran acre-

po de efecto recursivo conspira, como vimos, precisamente contra la efectividad del instituto del amparo y de las medidas cautelares en general.

Lo dicho importa alertar que en el otorgamiento de una medida cautelar el magistrado de primera instancia debe evaluar cuidadosamente los supuestos que autorizan su emisión, vale decir, la verosimilitud del derecho invocado, la urgencia en la demora y la contracautela. Y esos recaudos son más severos cuando lo cuestionado es un acto de la administración pública, especialmente si es fundado en ley (dada la presunción de validez y de constitucionalidad de todo ello). Tales exigencias son más rigurosas todavía en el caso de una medida cautelar innovativa, que pretende retrotraer el estado de las cosas al momento previo de la aplicación del acto lesivo.

Digamos, asimismo, que la verosimilitud del derecho es de aun mayor observancia en la medida precautoria que se dicte en el amparo, puesto que, diseñado este último por la Constitución para cuestionar solamente actos u omisiones que padezcan de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” (artículo 43 de la Constitución nacional), aquella verosimilitud tiene que ser más patente que cuando, en un juicio común, se impugnan decisiones, negaciones o silencios de más compleja o discutible antijuridicidad y a discutir largamente en las etapas del proceso principal” (Sagüés, Néstor P., *La inconstitucionalidad de la concesión con efecto suspensivo de la resolución admisorio de una medida cautelar en el amparo*, “ED”, 188-554).

ditar en él, mientras tengan razonable vinculación con la conducta atacada por la vía de esa acción, como puede ocurrir con los costos que perjudicial y judicialmente debieron afrontarse para lograr la rectificación, y los daños que pudieron ocasionarse con el conocimiento del dato ilegalmente tratado por parte de terceros.

Cabe destacar que la previsión peruana constituye toda una novedad, aunque ya se ha reconocido en otros países latinoamericanos la posibilidad de satisfacer indemnizaciones dentro de los procesos de hábeas data, ora de manera expresa, ora de manera implícita —entre ellos, la Constitución del Ecuador lo prevé de manera expresa al regular el hábeas data, y en Colombia se han admitido regularmente acciones de tutela frente a la violación del “derecho de hábeas data” donde se pretendían indemnizaciones por los perjuicios sufridos por el accionante—. Asimismo, algunas leyes sobre protección de datos también se ocupan de destacar la pertinencia de la reparación de los daños causados por la violación de las normas del derecho a la protección de datos (por ejemplo el artículo 19 de la Ley española 15/99 de protección de datos de carácter personal; el artículo 31 de la ley argentina de protección de datos personales, y la Ley Chilena sobre Protección de la Vida Privada, artículo 11).¹⁰⁵

¹⁰⁵ En el caso argentino, esta posibilidad ha sido prohijada por cierto sector de la doctrina. Así, Masciotra —de algún modo en consonancia con la creación de la acción de reparación, en el proyecto aprobado por diputados de la que luego fuera la Ley 25.326—, indica que sería factible satisfacer el derecho a la reparación por los daños derivados del tratamiento de datos de carácter personal por la vía incidental, dentro del hábeas data. Todo ello, apoyándose en apreciaciones volcadas por Vázquez Sotelo, *XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Montevideo, octubre de 2002 —en las que el autor afirmó que el objeto principal de la jurisdicción y del proceso es la solución del conflicto y no la determinación del derecho aplicable—, a partir de cuya afirmación sostiene que la actividad jurisdiccional no debe ser incompleta, imperfecta ni diferida, por lo que, obligar al litigante, vencedor en una acción de hábeas data, a iniciar un nuevo proceso —ahora de conocimiento, ante la supresión del sumario por imperio de la Ley 25.488— es antifuncional y genera un dispendio jurisdiccional totalmente inútil, por lo que cabría viabilizar el cobro incidental dentro del proceso especial normado por la Ley 25.326. Ya en nuestro criterio, entendimos que podría habilitarse —y para ello sería en principio necesaria una habilitación legal— una tercera fase dentro del proceso (el proceso de hábeas data federal argentino está diseñada con dos fases sucesivas, de las cuales puede obviarse una) para lograr la satisfacción de los perjuicios estrictamente derivados del tratamiento indebido de los datos —ello a fin de evitar la eventual sustracción de la causa de los jueces naturales que correspondieren entender en las acciones que deriven de la relación de fondo— (Puccinelli, Oscar R., *Protección de datos de carácter personal*, Astrea, 2004, p. 618).

b. Reglas contenidas en el título IV “Proceso de Hábeas Data”

En este título se destacan las siguientes reglas:

- a) En relación con los derechos que pueden ejercerse por la vía del hábeas data, expresa el artículo 61 que éste se encuentra previsto para la tutela de los derechos:
- De acceso a la información pública (cualquiera sea la entidad pública que la posea, y con independencia del soporte en que se encuentre almacenada).¹⁰⁶
 - A la protección de los datos de carácter personal.¹⁰⁷ Éstos, en rigor, son los dos únicos supuestos que sobrevivieron de la versión original del artículo 200 de la Constitución de 1993, ya que la primera reforma sufrida por la carta peruana eliminó, a nuestro criterio innecesariamente, el tercer objetivo originalmente previsto, esto es, el ejercicio del hábeas data en defensa del derecho de réplica —que ahora se vehiculiza a través del amparo—.
- b) Respecto de la necesidad de agotar vías previas, el artículo 62 del Código expresa con acierto que para la procedencia del hábeas data se requerirá que:
- El demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos a que se refiere el artículo anterior.
 - El demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de un breve plazo que expresa.¹⁰⁸ Por último,

¹⁰⁶ Incluye toda la información que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.

¹⁰⁷ En concreto, se refiere al derecho a “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”.

¹⁰⁸ En el caso del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el requerimiento debe ser contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la

también el artículo 62 acertadamente —y en esto el legislador peruano innova respecto de la legislación comparada— se excusa al demandante del deber de formular el requerimiento previo y de agotar la vía administrativa que pudiera existir cuando acredite que cumplir con tal exigencia generaría el inminente peligro de sufrir un daño irreparable.

- c) El artículo 63 dispone que hasta el momento de dictado de sentencia, de oficio o a pedido de la parte reclamante, el juez podrá requerir al demandado que posee, administra o maneja el archivo, registro o banco de datos, la remisión, dentro del plazo máximo de tres días útiles, de la información concerniente al reclamante; así como solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime conveniente.¹⁰⁹
- d) A tenor del artículo 64, podrán acumularse las pretensiones de acceder y conocer informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones.¹¹⁰

solicitud, y cuando se trata del supuesto de tutela de los datos de carácter personal, el plazo se reduce a dos días útiles. Esta previsión coincide conceptualmente con las previsiones de los artículos 14 y 16 de la Ley Argentina de Protección de Datos Personales, núm. 25326, a tenor de las cuales se exige acreditar que se requirió previamente al titular del banco de datos que franqueara el acceso o procediera a la modificación de los datos.

¹⁰⁹ Por un lado esta previsión es más generosa que las emanadas de la ley argentina de protección de datos personales, dado que no hay una limitación expresa respecto de los legitimados pasivos, donde la legislación argentina los limita a los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes.

Por el otro, es coincidente con la regla del artículo 39 de la Ley Argentina de Protección de Datos Personales, sólo que en el caso de esta última, apenas admitida la acción, se le impone:

a) al juez del hábeas data, que requiera al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante (paralelamente se lo faculta a solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime procedente), y

b) al demandado, que conteste el informe dentro de un plazo de cinco días hábiles (aquí es mayor al establecido en el caso peruano), el que incluso puede ser ampliado prudencialmente por el juez.

¹¹⁰ Esta regla, si bien se encuentra correctamente formulada pues con la posibilidad de acumular las diversas pretensiones que se pueden articular a través del hábeas data

e) El artículo 65 expresa que en los aspectos no regulados específicamente por el título referido al proceso de hábeas data, cabe remitirse al procedimiento previsto por el Código para el proceso de amparo —salvo por la exigencia del patrocinio de abogado que declara facultativa en el hábeas data—, autorizando expresamente al juez para adaptarlo de acuerdo a las circunstancias del caso.

Esta previsión, en cuanto autoriza al juez a la adaptación del procedimiento de acuerdo a las circunstancias del caso es loable, especialmente si se atiende a que, en sus orígenes constitucionales (Constitución del Brasil de 1988), el hábeas data se concibió como una figura autónoma, conceptualmente más ligada al hábeas corpus que al amparo (lo que además se confirma también en este Código, pues pese a remitirse a las reglas del amparo, declara que no es exigible el patrocinio de abogado, como lo refiere el artículo 26, para el caso del hábeas corpus), y además, en el caso peruano, tiene dos finalidades bien diferentes, que justifica claramente que algunos aspectos de sus trámites se distingan, para hacer más efectiva la garantía (por ejemplo el desdoblamiento del trámite, típico del hábeas data relativo a la protección de datos personales).¹¹¹

(aunque en el artículo no se mencionan todas y habría que considerarlas teleológicamente implícitas y también acumulables), podría haberse complementado con la posibilidad (que tampoco puede descartarse como implícita teleológicamente) de que dicha acumulación se produzca en distintos momentos del proceso, esto es, posibilitando la ampliación de la demanda (y otorgando al demandado un nuevo plazo para la contestación y ofrecimiento de prueba) cuando se pudo acceder judicialmente a los datos, toda vez que si ellos no se conocen con anticipación a la iniciación del juicio es prácticamente imposible prever, por ejemplo su corrección o exclusión del banco de datos.

En este sentido, la ley argentina de protección de datos personales ha previsto, en su artículo 42 que, contestado el informe: a) el actor podrá, en el término de tres días, ampliar el objeto de la demanda solicitando la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, ofreciendo en el mismo acto la prueba pertinente; y que b) de tal presentación se dará traslado al demandado por el término de tres días.

¹¹¹ Pese a lo expuesto, hubiésemos preferido que se hubiera regulado separadamente al hábeas data propio (relativo a la protección de los datos de carácter personal) del impropio (referido al acceso a información pública), pues este último sí presenta mayores similitudes con el proceso de amparo y se exhibe como más simple, mientras que en el caso del primero, aparecen ciertas particularidades que exigen el acceso a mayores conocimientos técnicos (lo que a su vez justificaría implementar la exigencia de patrocinio letrado) y un tratamiento diferencial (por ejemplo el desdoblamiento del trámite entre la faz de acceso y la faz de contradicción respecto del modo en que los datos están siendo tratados).

c. Reglas contenidas en el título III “Proceso de Amparo”

Las principales normas de este título establecen lo siguiente:

- Con respecto a la legitimación activa, se encuentra entre los habilitados por la norma “el afectado” (artículo 39), quien puede comparecer por medio de representante procesal (artículo 40), o por procuración oficiosa (artículo 41),¹¹² aunque, como se dijo, la exigencia de patrocinio es facultativa para el caso del hábeas data por expresa disposición del artículo 65.¹¹³

¹¹² Expresa la norma que cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

¹¹³ Del tenor literal de estas disposiciones, cabe preliminarmente concluir que esta legitimación sería la única posible cuando se accione en defensa de los datos de carácter personal, pues no estarían legitimadas (al menos formalmente) ni los sucesores universales de las personas fallecidas (habilitados expresamente por los artículos 14 y 34 de la Ley Argentina de Protección de Datos Personales), ni las asociaciones sectoriales ni la Defensoría del Pueblo, toda vez que el artículo 40 sólo habilita a interponer amparos en defensa del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional a cualquier persona (no alude al carácter de “afectado”, con lo cual es irrelevante que acredite afección alguna), a las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos, y a la Defensoría del Pueblo, que se encuentra habilitada para interponerla en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Sin embargo, también teleológicamente (y tal vez en uso del artículo 43 del propio Código, que analizaremos *infra*), cabría considerar la posibilidad de la legitimación colectiva en el caso del tratamiento de datos personales, pues por esa vía se podrían conjurar violaciones masivas que difícilmente podrían repararse a través de acciones individuales (las que serían seguramente articuladas por un escaso porcentaje de afectados), las que actualmente se ven favorecidas por la falta de una norma que, por un lado, regule integralmente los principios del tratamiento de datos para todos los sectores, y, por el otro, instituya una autoridad independiente de control que pueda revertir esas violaciones masivas.

A mera guisa de ejemplo, cabe mencionar que se podría utilizar para la eliminación de ciertas categorías de datos de tratamiento prohibido, como los referentes a la conducta sexual de los registrados, pues si en tal caso se dejase la solución del problema librada al accionar individual, es probable que miles o millones de registrados (dependiendo del nivel de alcance del registro que presente la base en cuestión) directamente no acudan a los estrados judiciales para lograr esa eliminación, produciéndose una lesión individual y grupal que este tipo de hábeas data tiene aptitud para conjurar.

a) Respecto de la caducidad de la acción, el artículo 44 del Código dispone que el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. También expresa que, si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento; que comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda, y que, si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución, y que si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.¹¹⁴

Desde luego, tal legitimación colectiva nunca podrá servir para acceder directamente a los datos de personas distintas del impetrante (en especial, en los casos en que es incoado por una persona física o de existencia ideal), sino para reparar lesiones de orden colectivo (cuando, por ejemplo se solicita la eliminación de una determinada categoría de datos, como los relativos a la religión de los registrados, que en el caso son incompatibles con la finalidad del registro y pueden causar discriminación), en cuyo caso sólo el juez del hábeas data y en todo caso el funcionario legalmente legitimado para ello (por ejemplo el defensor del pueblo, o el titular del órgano de control) podrán tener contacto con ellos (en el caso mencionado, a fin de verificar su eliminación).

Esta posibilidad encuentra andamiaje en el derecho comparado. Desde el punto de vista normativo, la Constitución venezolana de 1999 (que reconoce tanto al hábeas data propio como al impropio en su artículo 28), legitima al Defensor del Pueblo a interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer sus atribuciones constitucionales (artículo 281).

En el caso argentino también es factible su interposición, especialmente a partir de la legitimación constitucionalmente acordada para el amparo colectivo en el artículo 43, segundo párrafo, que ya fue extendido por la Corte nacional en el caso “CELS” para el caso del hábeas corpus (regulado en el cuarto párrafo) y por los tribunales inferiores para el caso del hábeas data. En consecuencia, el hábeas data colectivo puede ser incoado tanto por la persona registrada (cuando considera que además de ella existen otras personas afectadas igualmente por un tratamiento ilegal), como por ciertas asociaciones (vulgarmente conocidas bajo las siglas ONG) constituidas en pro de la defensa de determinados fines de bien común (por ejemplo de lucha contra la discriminación, de defensa del consumidor, etcétera) y por el defensor del pueblo (en virtud de su usual legitimación procesal a fin de tutelar judicialmente los derechos de las personas). Así, en este hábeas data no se tutela ya un mero interés individual, sino el de muchas individualidades y a la vez uno general, y por ello se acude a la representación colectiva.

¹¹⁴ Ya expresamos *supra* que a nuestro criterio debió extenderse lisa y llanamente la excepción del hábeas corpus también al hábeas data, toda vez que la acción para controlar el modo en que se procede al tratamiento de datos de carácter personal o para conocer información pública no debe estar sujeta a plazo de caducidad alguno. Es que, en ambos

b) En relación con el agotamiento de las vías previas, a tenor del artículo 45, el amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas, las que, en caso de duda, se considerarán agotadas a los fines de habilitar el progreso de la acción, y no serán exigibles en ciertos supuestos.¹¹⁵

Esta previsión, ciertamente acertada para el caso del amparo, queda relegada a un segundo plano por la disposición expresa que sobre el particular contiene el artículo 62 del propio Código, que expresa —coincidentalmente con lo dispuesto por los ya analizados artículos 14 y 16 de la ley argentina de protección de datos personales—, que para la procedencia del hábeas data:

- Se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos, y el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro del breve plazo que le acuerda.
- Se excusa al demandante del deber de formular el requerimiento previo y de agotar la vía administrativa que pudiera existir cuando acredite que cumplir con tal exigencia generaría el inminente peligro de sufrir un daño irreparable.

c) Acerca de la competencia judicial, el artículo 51 dispone que son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el juez civil del lugar donde:

- Se afectó el derecho.

casos, se trata del derecho a acceder a la información en sí misma, y el ejercicio de esos derechos no deben estar sujetos a plazos —salvo las restricciones temporales respecto de determinados secretos de Estado que, por ejemplo tiendan a salvaguardar la seguridad nacional—.

De todos modos, cabe interpretar que el plazo nunca puede comenzar a correr —en especial en lo relativo al tratamiento de datos personales— por cuanto la lesión o amenaza, si se estuviera produciendo, es de carácter continuo (los datos insertados están produciendo daños de manera permanente con su mera puesta a disposición del público) y en algunos casos se trata de una omisión (por ejemplo de brindar los datos solicitados).

¹¹⁵ El artículo 46 dispone que no será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) El agotamiento de la vía previa pudiera convertir en irreparable a la lesión; 3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado, o 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

- Tiene su domicilio el afectado.
- Se domicilia el autor de la infracción.¹¹⁶

d) En cuanto a las causales de excusación y recusación, el artículo 52 dispone que el juez deberá abstenerse cuando concurren las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil, y que en ningún caso será procedente la recusación.¹¹⁷

e) Respecto de los requisitos de la demanda, el artículo 42 se refiere a los de la de amparo,¹¹⁸ que son perfectamente exigibles para el caso del hábeas data (salvo por la previsión del inciso 7, que exige la firma del abogado, que en este proceso es optativa). Sin embargo, cabe alertar que en algunos casos, cuando el hábeas data se ejerce para la tutela de los datos personales, podría ocurrir que se conozca la existencia de datos perjudiciales y se los haya obtenido de alguno de los bancos de datos que lo reprodujeron a su vez de otros, pero no pueda individualizarse la fuente al momento de demandar y precisamente tal individualización constituya uno de los objetivos de la acción judicial. Por tal motivo, aparece acertado recurrir analógicamente a la previsión del artículo 38 de la Ley Argen-

¹¹⁶ Asimismo, agrega que si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio. La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda.

La disposición, ciertamente acertada, es coincidente con la del artículo 36 de la Ley Argentina de Protección de Datos Personales, que indica que será competente para entender en esta acción el juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor.

¹¹⁷ Nos parece que si bien la regla es acertada en tren de evitar alongamientos del procesos urgentes como lo son los constitucionales, no debiera prohibirse genéricamente toda recusación, sino sólo limitársela a la recusación sin expresión de causa, pues la facultad de provocar el apartamiento de un juez que por determinadas causales pudiera actuar con parcialidad constituye a nuestro criterio un elemento fundamental de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

¹¹⁸ En concreto, dispone: “La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos: 1) La designación del juez ante quien se interpone. 2) El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante. 3) El nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo dispuesto para la representación procesal del Estado. 4) La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional. 5) Los derechos que se consideran violados o amenazados. 6) El petitivo, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide. 7) La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado”.

tina de Protección de Datos Personales, que dispone sobre el particular que en la demanda se debe individualizar con la mayor precisión posible el nombre y domicilio del archivo, registro o banco de datos y, en su caso, el nombre del responsable o usuario del mismo, y que en el caso de los archivos, registros o bancos públicos, se procurará establecer el organismo estatal del cual dependen.

f) En lo relativo a la acumulación de procesos, el artículo 50 dispone que cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el juez que hubiera prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumulación de los procesos, y que la resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable.¹¹⁹

g) Respecto de la posibilidad de realizar acumulaciones subjetivas de oficio, el artículo 43 del Código dispone que, cuando de la demanda apreciara la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.¹²⁰

¹¹⁹ Si bien esta previsión es ciertamente acertada para el amparo común, podría traer sus complicaciones con relación al hábeas data referido a la protección de los datos personales, especialmente cuando se está cuestionando el tratamiento de ciertos datos íntimos (por ejemplo religión, afiliación partidaria, estado de salud, inclinaciones sexuales, etcétera), toda vez que la acumulación de procesos implicará ordinariamente el conocimiento de los detalles de cada uno de ellos por parte de los demás accionantes, lo cual contraría precisamente el derecho de reserva sobre ese tipo de datos.

Por lo demás, esta regla puede conectarse con el hábeas data colectivo, pero en el supuesto del ejercicio de tal tipo de hábeas data no es imprescindible que quien promueva la acción tome conocimiento directo de los datos de terceros, ya que en tales casos será el juez (y en su caso, el Defensor del pueblo), quien tomará conocimiento directo de ellos y procederá a controlar en definitiva su adecuación a los principios de la protección de datos, no trascendiendo consecuentemente a personas diferentes del afectado.

¹²⁰ Si bien esta regla se refiere a la intervención de terceros a fin de evitar que quien no ha sido parte del proceso pueda verse afectado por una sentencia, y es desde luego acertada, podría inferirse de ella que, para el caso del hábeas data referido al tratamiento de datos de carácter personal, el juez puede realizar una suerte de control de oficio y:

a) traer al proceso a quienes se encuentran claramente en la cadena de transmisores de los datos, pero no han sido integrados a la litis por el actor, y

b) transformar un hábeas data individual en uno colectivo y razonablemente convocar al proceso a quienes pudieran encontrarse en similares circunstancias, cuando del tenor de los datos pudiera surgir un tratamiento masivo indebido (por ejemplo la incorporación del dato relativo a la religión de todos los ciudadanos dentro de un banco de datos privado).

i) En lo relativo a lo litisconsorcial, el artículo 54 autoriza al juez a declarar como litisconsorte facultativo a quien se apersona y acredite un interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso. Este aspecto es claramente complementario del anterior y se encuentra correctamente previsto, salvo por el carácter de inimpugnable que se le otorga a la decisión que admita o deseche la pretensión litisconsorcial.

j) Respecto de la posibilidad de rechazo liminar por inadmisibilidad o improcedencia manifiesta de la acción, el artículo 47 expresa, en lo que nos interesa, que, si al calificar la demanda de amparo, el juez considera que resulta manifiestamente improcedente, lo declarará de manera fundada, y que la podrá rechazar liminarmente cuando fuera manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5o. del Código. Paralelamente, el artículo 42 dispone que en ningún caso la demanda será rechazada por el personal administrativo del juzgado o sala correspondiente, y el artículo 48 expresa que si el juez declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente, siendo esta resolución apelable. Estas disposiciones están correctamente formuladas, y respecto de ellas adquiere gran relevancia la del artículo 48, en cuanto permite la subsanación de la omisión o defecto, toda vez que coadyuva a que los derechos constitucionales vulnerados tengan la posibilidad de ser tutelados aún frente a una demanda originalmente defectuosa, muchas veces viciada por la prontitud de respuesta que debe dar el profesional ante la urgencia del caso.

k) En cuanto a las posibilidades de reconvencción, abandono y desistimiento, a tenor del artículo 49, en el amparo no procede la reconvencción ni el abandono del proceso, aunque sí el desistimiento. Cabe alertar aquí, que el desistimiento tanto en un amparo como en un hábeas data colectivo debe ser cuidadosamente evaluado, y eventualmente permitir que otros afectados puedan continuar con el procedimiento.¹²¹

¹²¹ Indica Bianchi, al referirse a la Regla de Procedimiento núm. 23 para la Justicia Federal norteamericana: “Como en cualquier otro procedimiento, las acciones de clase permiten también el desistimiento y la transacción. El caso está regulado en 23.e) donde se establece que todo desistimiento o transacción para ser válidos deberán contar con: 1) la homologación del tribunal y 2) la notificación a los integrantes de la clase bajo las formas que aquel establezca. El juez no participa regularmente de las negociaciones entre las partes. Una vez que el acuerdo le ha sido sometido, el tribunal lo estudia y verifica sus alcances en orden a establecer si se ha alcanzado una solución que proteja debidamente los intereses en juego, escrutando especialmente los de los miembros ausentes.

1) En lo que hace al trámite ulterior, el artículo 53 regula el trámite desde la resolución admisorio de la demanda hasta la sentencia, estableciendo plazos breves.¹²²

La regla aparece convenientemente formulada, salvo por la ya expresada falta de desdoblamiento del proceso cuando se trata de la tutela del derecho a la protección de datos personales, cuando debiera preverse la posibilidad de ampliar la demanda una vez conocidos los datos cuyo acceso se había obstaculizado y evaluada la legalidad del tratamiento por parte del banco de datos demandado.

“Entre los factores que el juez debe analizar al momento de decidir la homologación del acuerdo se encuentran: 1) La cantidad de impugnaciones presentadas por los integrantes de la clase. Este factor indudablemente provee al juez de un importante elemento de convicción acerca de la conveniencia de la transacción, aun cuando ciertamente no es definitivo y no está claro todavía en la jurisprudencia qué peso posee. 2) La posibilidad de que la clase resulte triunfante en el pleito. 3) La complejidad de las cuestiones involucradas. 4) El monto del acuerdo comparado con el del pleito. 5) El costo de proseguir el litigio. 6) El plan de distribución presentado con el acuerdo y las posibilidades de cumplirlo y 7) si se ha cumplido debidamente con la notificación a los miembros ausentes.

“La notificación a los restantes integrantes es esencial para darles la oportunidad de objetar el acuerdo y de que el tribunal identifique a aquellos que desearían continuar con la acción de clase en caso de que los representantes originales se apartaran del litigio. Asimismo, algunos acuerdos prevén que ciertos miembros puedan continuar el litigio en forma individual, pero no es inconstitucional ni existe abuso del poder de homologar un acuerdo, si este no contempla tal posibilidad. El integrante debidamente notificado que no objete en tiempo y forma el acuerdo, no podrá luego apelararlo o impugnarlo por otros medios colaterales. Puede ocurrir asimismo que la contraparte de la clase negocie en forma individual con algunos de los integrantes de aquella, sin homologación judicial, aun cuando de tales acuerdos resulte una reducción tal de la clase que haga inviable la certificación (Bianchi, Alberto B., *Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala (En busca de un mecanismo que asegure economía judicial, eficacia y certeza en las decisiones)*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, pp. 13-35).

¹²² En la resolución que admite la demanda, el juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.

Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días.

Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para ser sentenciados.

Si el juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios.

m) En lo relativo al momento y contenido de la sentencia, los artículos 53,¹²³ 55¹²⁴ y 56¹²⁵ regulan el momento y modo de expedición de la sentencia y brindan detalles respecto de su contenido.¹²⁶

¹²³ En la resolución que admite la demanda, el juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días. Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para ser sentenciados.

Si el juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios. El juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida ésta.

Si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo remedie, vencido el cual expedirá sentencia. Si estima que la relación procesal tiene un defecto insubsanable, declarará improcedente la demanda en la sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito.

Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto.

¹²⁴ La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado; 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación; 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

¹²⁵ Si la sentencia declara fundada la demanda, se interpondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada.

Si el amparo fuere desestimado por el juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos.

En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

¹²⁶ Las reglas mencionadas no merecen mayores observaciones, mereciendo destacarse la posibilidad de la aplicación de sanciones por inconducta procesal dilatoria, aunque

n) Respecto de los recursos articulables ante la sentencia, los artículos 57¹²⁷ y 58¹²⁸ regulan la apelación y el trámite en segunda instancia, y lo hacen de manera clara, no mereciendo objeciones.

ñ) En lo relativo a la temática de la ejecución de la sentencia firme, las sanciones ante su incumplimiento y la represión de actos homogéneos, el artículo 59 regula puntillosamente el muchas veces olvidado y tan importante aspecto de la ejecución de las sentencias en los procesos constitucionales,¹²⁹

como se explicó *supra*, al analizar el artículo 6, podría haberse establecido, en el caso del hábeas data referido a la tutela del derecho a la protección de los datos personales, que la decisión final que se adopte no tiene necesariamente incidencia en la relación de fondo y se limita a discernir si los datos en cuestión se encuentran o no legalmente tratados, pues no puede decirse lisa y llanamente que porque un dato debió ser eliminado de una base de datos debido a que en el estrecho marco del hábeas data no se probó acabadamente el origen o vigencia de la deuda, además de eliminarse el dato debe entenderse a ésta por cancelada o viceversa. Con tal objetivo, la ley argentina de protección de datos personales dispone, en su artículo 43 dispone que el rechazo de la acción no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

¹²⁷ La sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación. El expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso.

¹²⁸ El superior concederá tres días al apelante para que exprese agravios. Recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, concederá traslado por tres días, fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa. El superior expedirá sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa, bajo responsabilidad.

¹²⁹ Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente.

y debe ser conjugado con las disposiciones del artículo 22, que se refiere a la actuación de sentencias.¹³⁰

Por su parte, el artículo 60 trae una disposición trascendente, y dispone que si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo, ello podrá ser declarado por el juez de la causa, quien al declarar la homogeneidad amplía el ámbito de protección del amparo, incorporando y ordenando la represión del acto lesivo sobreviniente. Para ello, la homogeneidad debe ser denunciada por la parte interesada ante el juez de ejecución, para que, previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días resuelva la situación planteada.

Esta disposición es sumamente relevante para el caso del hábeas data articulado en protección de los datos de carácter personal, pues es bastante común observar que pese a cumplirse con lo acordado en un mandato judicial que ordena la modificación de un dato (por ejemplo de deudor moroso), luego se reincorpore a la lista bajo determinados subterfugios.

Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo.

¹³⁰ Artículo 22. Actuación de Sentencias: La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el juez estime pertinente.

El juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.

C. Argentina: El hábeas data en la Constitución y en la Ley 25.326

La acción de hábeas data contenida en el artículo 43 de la Constitución nacional fue incorporada en 1994 y reglamentada seis años más tarde para el plano federal por la Ley 25.326,¹³¹ que se estructura de la siguiente manera: capítulo I, “Disposiciones Generales”; capítulo II, “Principios generales relativos a la protección de datos”; capítulo III, “Derechos de los titulares de datos”; capítulo IV, “Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos”; capítulo V, “Control”; capítulo VI, “Sanciones”, y capítulo VII, “Acción de protección de los datos personales”.

La norma puede dividirse idealmente en dos tramos: uno donde se regulan esencialmente los principios relativos al tratamiento de datos personales, y el otro, donde se diagrama un organismo de control, se especifican sanciones administrativas y penales para quienes violen las reglas establecidas en la ley, y se reglamenta, para el ámbito federal, la acción prevista en el artículo 43, a la cual se rotula indistintamente “de protección de datos personales” o “hábeas data”, siguiendo el molde procesal del amparo según lo declara su artículo 37, pero ablandando algunos de sus recaudos tradicionales, aunque sin llegar a la plasticidad del hábeas corpus.

Esta asimilación con el amparo es una secuela del modo en que fue insertado en la Constitución, dado que al no haberse habilitado el tratamiento del hábeas data por la Ley núm. 24.309, declarativa de necesidad de la reforma constitucional —ésta sólo previó la incorporación del amparo y del hábeas corpus—, la Convención reformadora no pudo crear una acción autónoma. Como consecuencia de ello, luego de su incorporación constitucional, a la acción de hábeas data se la interpretó como una modalidad de la acción de amparo,¹³² pero gradualmente la doctrina

¹³¹ Para un análisis exhaustivo de esta norma, véase nuestra obra *Protección de datos de carácter personal*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

¹³² Al hacer un análisis de las opiniones doctrinarias más relevantes, explica Basterra que así lo ha expresado Sagüés (Sagüés, Néstor Pedro, “Subtipos de hábeas data en el derecho argentino. Sus posibilidades en el peruano”, *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, noviembre de 1996, donde refiere a lo expresado por la Convención Ancarani en la Convención Constituyente), y sobre ella se han utilizado otras expresiones similares, como las de “acción de amparo especial” (Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La Constitución reformada*, Edi-

y la jurisprudencia de los tribunales inferiores la fueron desvinculando de esta figura en varios de sus aspectos, en tendencia finalmente corroborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Martínez, Matilde Susana c/ Organización Veraz S. A.”¹³³ donde el máximo tribunal nacional sostuvo que la nota de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, típica del amparo, no era exigible en el hábeas data (así surge concordantemente tanto del voto de la mayoría, integrada por los Ministros Petrac-

ciones Ciudad de Buenos Aires, 1994, p. 168). Vanossi consideró que se trata de una garantía que pertenece al “género” amparo, un amparo especializado que debe satisfacer las necesidades reparatorias que nuestro tiempo exige (Vanossi, Jorge Reinaldo, *El “hábeas data”: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa*, ED, T.159, p. 950). Bianchi planteó, sin embargo, que no sería obligatorio considerar al hábeas data como una modalidad del amparo, que bien podría constituir una acción independiente como lo es el habeas corpus, solo que en la Constitución está planteada claramente como una modalidad de la acción de amparo (Bianchi, Alberto B., *Hábeas data y derecho a la privacidad*, E.D., 16/2/95, p. 1). También Gozaíni señalaba que se trata de un proceso autónomo, pero que mientras no se sancionara una ley específica, debería ser articulado como amparo (Gozaíni, Osvaldo A., *Jornadas sobre la Reforma de la Constitución y el Derecho Procesal Constitucional*”, UCA, 20 de abril de 1994). Santos Cifuentes describe con detalle las formas distintas con que se denominó esta acción, tales como “subespecie de amparo, amparo específico, nuevo amparo, variable de la acción de amparo, amparo especializado, garantía constitucional que tiene la estructura de la acción de amparo, subespecie de amparo con características propias que lo diferencian, garantía constitucional que funciona por la vía del amparo, faceta de la acción de amparo o subtipo de la acción de amparo”. (Santos Cifuentes, *Acciones procesales del artículo 43 de la Constitución Nacional*, LL, 1999-A, p. 258). Véase también a Bazán, Víctor, *El Hábeas data después de la Reforma Constitucional*, Boletín Asociación Argentina de Derecho Constitucional, núm. 112, agosto de 1995, p. 7. Y con base en lo establecido en la Constitución Nacional también la jurisprudencia la había acogido como una forma de amparo, tal lo dispuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos “Rossetti c/ Dun Bradstreet S.R.L s/Amparo” (*Rossetti c/ Dun Bradstreet S.R.L s/Amparo - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. 19 de mayo de 1995*) que establece “...cuando a través del amparo, un particular ejerce la acción de hábeas data...”. En este sentido ha sido interpretado en forma permanente por la Jurisprudencia, puesto que si analizamos las sentencias dictadas a partir de la reforma constitucional y, hasta la sanción de la ley 25.326, observamos se refieren a “acción de amparo”, o como “la acción de hábeas data es una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada a acceder al conocimiento de los datos...” a partir del fallo “García de Llanos”(García de Llanos Isabel c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y retiros de Córdoba s. hábeas data, Cámara 1° Cont. Adm. de Córdoba, 29 de mayo de 1995, L.L Córdoba, 1995-948) (Basterra, Marcela I., *Aspectos procesales y sustanciales del hábeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, L.L., 2005-B-741).

¹³³ CSJN, 5 de abril de 2005.

chi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay, como de las disidencias de los Ministros Boggiano y Highton de Nolasco.)¹³⁴

Al comentar el fallo —que revierte un error que se había deslizado en “Lascano Quintana”, su antecedente inmediato en este aspecto—,¹³⁵ Bastera evalúa:

La ley de Protección de datos personales núm. 25.326; aporta la claridad necesaria al tema para interpretar que es una acción distinta del amparo común. En efecto, en el artículo 37 (procedimiento aplicable) establece que “La acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo”. De manera que es la ley la que, continuando lo establecido desde la Constitución y la jurisprudencia, toma a la garantía de hábeas data como “acción de amparo especial”...

¹³⁴ En este sentido, la doctora Highton de Nolasco expresó: “7º) Que, ante esa relevante distinción, no cabe sujetar —como sostuvo el *a quo*— la procedencia de la acción de *hábeas data* a “la comisión de conductas arbitrarias e ilegítimas”, recaudos propios de la acción de amparo, pero no de la acción de *hábeas data*.”

La exigencia introducida por el *a quo* no se halla presente en el texto constitucional —aplicable aún en ausencia de reglamentación expresa, *cfr.* fallos: 321:2767—, y tampoco ha sido prevista en la Ley 25.326, reglamentaria de la norma constitucional”.

¹³⁵ El voto de la mayoría (integrada por los ministros Moliné O’Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Bossert) dice: “El *a quo*, al sostener sin más averiguación de la verdad, que el mero hecho de haberse vinculado en un informe al actor con una sociedad, de la cual, efectivamente, era presidente, le causaba un desmedro al derecho sobre sus datos personales y confirmar, en consecuencia, la resolución de la instancia anterior por la cual se condenaba con costas a la demandada a suprimir de su registro personal la información correspondiente a la sociedad, implicó una interpretación que como bien lo destaca el señor procurador fiscal exorbita el texto constitucional que prevé una medida de tal naturaleza, ante actos de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, sólo para los casos de falsedad o discriminación”.

Aquí se incurre en un error de lectura (o de remisión) por el que se imputa incorrectamente al procurador haber sostenido una supuesta exigencia proveniente de la Constitución de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la limitación del radio de acción de la figura (derivada del texto constitucional) a los casos de falsedad y discriminación. Sin embargo, el procurador nunca sostuvo tal cosa, pues sólo expresó que no podía estimarse “arbitrario” que la mención de ser presidente de una sociedad permita, de hecho, relacionar su identidad con la de una persona jurídica. Por otra parte, los votos minoritarios, de los Ministros Nazareno, Fayt y Vázquez, no sostuvieron dicha exigencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, y tampoco surge ello de los votos de Boggiano, Petracchi y Bossert, quienes si bien conformaron el voto mayoritario, hicieron consideraciones propias.

La circunstancia de que la ley establezca que el hábeas data debe tramitarse, también por el procedimiento del amparo, no significa que deban automáticamente aplicársele todas las exigencias previstas en el artículo 43.

Así es que con posterioridad a la sanción de la ley, la jurisprudencia más reciente en los fallos “Ossola”¹³⁶ y “Sala”,¹³⁷ se ha inclinado por “despegar” la acción de hábeas data de la de amparo. Precisamente en éste último precedente y en relación con la interpretación del artículo 33, el tribunal sostuvo que la acción de hábeas data está específicamente reglada por la Ley 25.326 (artículo 33 y ss.) lo que desplaza las reglas del juicio sumarísimo.

Las expresiones doctrinarias más recientes se manifiestan por esta postura, es decir, en favor de la inaplicabilidad de las normas restrictivas del amparo, interpretando que no son necesarios los requisitos que deben acreditarse en el caso de amparo común, considerando al hábeas data como una acción independiente o proceso constitucional “autónomo”.¹³⁸

Es un amparo “especial” con modalidades acordes al proceso constitucional específico ordenado estrictamente a la protección de los datos personales, cuyos requisitos de procedencia no son los mismos que los del amparo genérico establecido en el primer párrafo de la norma constitucional.¹³⁹

¹³⁶ “Ossola, Leopoldo c/Diners Club”, CNCom., Sala A, 19/9/03, LL, 2004-A-766. La Fiscal de la Cámara Comercial, doctora Gils Carbó, en el dictamen fiscal 95.569, al que la cámara se remitió en sus fundamentos compartiéndolos para decidir el caso, sostuvo que “a los efectos de la admisibilidad del planteo de hábeas data basta alegar las razones por las cuales entiende el peticionante que en el registro obran datos referidos a su persona, los motivos por los que consideran que le agravian sus derechos y el simple reclamo previo para dejar expedita la vía judicial (artículos 16, párrafo 3, 33 y 38 LPDP), pues la velocidad con que circula la información automatizada y el perjuicio, a veces irreparable, que puede producir la transmisión de datos personales falsos o que revelan aspectos íntimos, no se compadece con el requerimiento de agotar instancias administrativas, de observar plazos perentorios o con acreditar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta exigidos para el amparo ordenatorio (artículos 1o. y 2o., Ley 16.986)” citado por Palazzi, Pablo A., *La protección de los datos personales en la Argentina. Ley 25.326 de protección de datos personales y hábeas data comentada y anotada con jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial Errepar, septiembre de 2004, pp. 255 y 256.

¹³⁷ “Sala c/ Banco Río de la Plata”, CNCom., Sala B, 29/11/02.

¹³⁸ Puede verse, Puccinelli, Oscar, *op. cit.*, nota 5, pp. 526 y ss.; Gozaíni, Osvaldo, *Hábeas data. Protección de datos personales. Ley 25.326 y reglamentación*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; Peyrano, Guillermo F., *Ley de hábeas data comentada*, Lexis Nexis, 2001, Carranza Torres, Luis Ramiro, *Hábeas data. La protección de los datos personales*. Editorial Alberoni. 2001, p. 179, Masciotra, Mario, *El Hábeas Data. La garantía polifuncional*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003; Quiroga Lavié, *Hábeas data*; Uicich, Rodolfo D., *Hábeas data. Ley 25.326*, Editorial Ad-Hoc, 2001.

¹³⁹ Basterra, Marcela I., *Aspectos procesales y sustanciales del hábeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, L.L., 2005-B-741.

En este sentido, pero reforzando la autonomía de la acción, apenas sancionada la Ley 25.326, Gozaíni expresó:

El hábeas data es:

a) Un proceso constitucional (al ser garantía, es la herramienta procesal que la Constitución dispone para afianzar el cumplimiento de los derechos fundamentales; por eso, a partir del derecho de amparo creado por la Constitución nacional, se perfila este proceso constitucional específico de protección a la persona agredida o amenazada por los bancos de datos que aprovechan la información personal que le concierne).

b) Un proceso constitucional “autónomo” (la autonomía del hábeas data como proceso diferente al amparo se sostiene por la identidad propia que tiene el objeto a demandar, toda vez que tiende a proteger los datos personales que se han ingresado en un archivo, registro o banco de datos).

El artículo 43 constitucional promete, en realidad, una tutela judicial rápida y expedita, y con varias finalidades que seguidamente enumera: *a)* Amparo contra actos u omisiones de autoridades públicas. *b)* Amparo contra actos u omisiones de particulares. *c)* Amparo contra la inconstitucionalidad de las leyes. *d)* Amparos especiales según se trate de “cualquier forma de discriminación”, “protección del ambiente”, “derechos de la competencia”, “derechos del usuario y consumidor”. *e)* Amparo colectivo, para los derechos de incidencia general que se encuentren afectados (derechos de pertenencia difusa). *f)* Hábeas data. *g)* Hábeas corpus. Cada uno tiene una finalidad específica e inconfundible, y no pueden tramitar por carriles comunes porque ellos son independientes. La comunión que los encuentra está en la ‘tutela judicial efectiva’ que cada derecho establece, y las reglamentaciones deberán señalar los procedimientos pertinentes. Adoptar al hábeas data como un tipo o modalidad del amparo no nos parece equivocado —sin compartirlo—, si éste se toma como el género común donde reposar la garantía procesal única y permanente que es, en definitiva, el proceso judicial.

c) No es un amparo sobre los datos personales. No existe, en nuestro país, el amparo contra los actos arbitrarios o ilegítimos que en forma actual o inminente afectan la libertad por el uso de datos personales. La vía pertinente es el hábeas data como actual mecanismo para lograr el acceso a los archivos y otras pretensiones como la actualización, rectificación, supresión o confidencialidad de la información personal almacenada. Incluso, con la ley se puede responder a otras lesiones derivadas del tratamiento de datos personales (por ejemplo lesiones al honor, la imagen, la identidad, etcétera). La única explicación posible que tiene la confusión reinante en la jurisprudencia, la cual concibe al hábeas data como una modalidad del

amparo, y que en los términos de la reglamentación puede consolidarse, llega de la ubicación constitucional donde está inserta la garantía, que como se recuerda, proviene del marco restrictivo que tuvo la reforma constitucional; sin perjuicio de la mencionada alegación del artículo 37 reglamentario.¹⁴⁰

a. La “acción de protección de datos personales” o “hábeas data” en la Ley 25.326

Las disposiciones que refieren específicamente a los casos y condiciones de admisibilidad y procedencia de la acción de protección de los datos personales pueden encontrarse tanto en el primero como en el segundo sector de la ley, aunque es en el segundo donde se perfila más precisamente todo lo relativo al trámite de dicha acción.

En el primer sector, las normas que aluden expresamente a supuestos donde queda habilitada la acción de hábeas data —y que son de aplicación en todo el territorio de la República por disposición del artículo 44 de la ley— son los artículos 14 (que regula el derecho de acceso) y 16 (que regula los derechos de rectificación, actualización y supresión).¹⁴¹

¹⁴⁰ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “El proceso de hábeas data en la nueva ley de protección de datos personales”, *Revista Jurídica UCES*, núm. 5, pp. 123-126.

¹⁴¹ Artículo 14 (Derecho de acceso).

1. El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes.

2. El responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente. Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe, éste se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en esta ley.

Artículo 16 (Derecho de rectificación, actualización o supresión).

1. Toda persona tiene derecho a que sean rectificadas, actualizados y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos.

2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad.

3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley...

La principal crítica que les cabe a estas previsiones radica en que las hipótesis previstas para la viabilización del hábeas data son francamente insuficientes, toda vez que no solo no se prevén los todos los tipos constitucionalmente admitidos (por ejemplo informativo autoral), sino que no se contemplan otros que han sido propiciados por la doctrina y por la jurisprudencia y que incluso surgen de las facultades reconocidas por la propia ley a los titulares de los datos (por ejemplo inclusorio, disociador), y que a nuestro criterio debieron ser también expresamente incluidos.

Dentro del segundo sector, el capítulo VII, “Acción de protección de los datos personales”, trae ciertas reglas aplicables a la acción y al proceso de hábeas data —sólo de aplicación para los casos que fueran de competencia de la justicia federal, según lo dispone el artículo 44—, en concreto, las siguientes:

a) Con referencia a los supuestos de procedencia, el artículo 33 dispone que la acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá, por un lado, para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos; y por el otro, en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.¹⁴²

b) Con respecto a la legitimación activa para interponer la acción, el artículo 34 expresa que la acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado. Asimismo, indica que cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que éstas designen al efecto, y que en el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo.¹⁴³

¹⁴² Esta regla básicamente repite, sin el desarrollo esperado, la del artículo 43 de la Constitución nacional, sin las necesarias ampliaciones que debieron ser recogidas de la labor doctrinaria y jurisprudencial.

¹⁴³ La norma amputa innecesariamente el rol del defensor del pueblo, cuya intervención como legitimado activo independientemente de la intervención de un afectado puede resultar de suma utilidad para conjurar tratamientos masivos ilegítimos de determinada categoría de datos (piénsese en un banco de datos que contiene información de unas vein-

c) Acerca de la legitimación pasiva, el artículo 35 expresa que la acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes.¹⁴⁴

d) Con relación a la competencia judicial para entender en la acción, el artículo 36 dispone que será competente el juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado, y el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor. Asimismo, expresa que procederá la competencia federal cuando la acción se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales, y cuando los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales.¹⁴⁵

e) En lo relativo al procedimiento aplicable, el artículo 37 expresa que la acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la misma ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo.¹⁴⁶

te millones de personas y que dentro de las categorías que trata incluye alguna que pueda resultar, por ejemplo discriminatoria, donde la intervención del defensor puede permitir la eliminación de todos los datos indebidamente incluidos, mientras que con juicios individuales seguramente los beneficiados no excederían del 2 o 3%).

¹⁴⁴ La norma prácticamente nada agrega a la regla constitucional prevista en el artículo 43, debiendo haberse ampliado a los bancos de datos que proveen informes aún cuando no estén destinados a ello, como lo aconseja la mayoría de la doctrina especializada.

¹⁴⁵ En relación con el artículo 36, la regla es inicialmente amplia en cuanto a la competencia territorial, pues le permite optar al actor por el tribunal que le resulte más acomodado, pero luego en la práctica obtura —y cada vez obturará más— el acceso a la justicia, toda vez que al establecer la competencia federal, quien deba demandar tendrá en muchas ocasiones que recorrer distancias importantes o recurrir a abogados especializados de otras ciudades, lo que entorpecerá seguramente la eficacia protectora del instituto.

La justificación de la atribución de competencia federal, según Palazzo, es la siguiente: “En 1853 el único fluido conocido a través del cual se desarrollaban las comunicaciones y el comercio interjurisdiccionales era el agua de mares, ríos y lagos. Los avances tecnológicos han determinado la existencia de otros que actualmente se aprovechan intensamente también para las comunicaciones y el comercio. Cabe, como en el caso de la aeronáutica, ya pacíficamente aceptado, la misma solución: la existencia de competencia federal por razón del lugar, aun cuando se trate de un lugar virtual” (Eugenio Luis Palazzo, *Competencia judicial en lugares virtuales*, “E.D.”, Serie Especial de Derecho Constitucional del 26/7/00, y *El federalismo ante las nuevas garantías y la ley de hábeas data*, “E.D.”, Serie Especial de Derecho Constitucional, 19 de octubre de 2000, p. 3).

¹⁴⁶ Sin perjuicio de que, a partir de la confusa redacción del artículo, pueda existir más de una interpretación, aparece claro, desde una perspectiva literalista, que todo lo

f) En cuanto a los requisitos específicos de la demanda, el artículo 38 expresa que debe interponerse por escrito, individualizando con la mayor precisión posible el nombre y domicilio del archivo, registro o banco de datos y, en su caso, el nombre del responsable o usuario del mismo, procurando establecer, en el caso de los archivos, registros o bancos públicos, el organismo estatal del cual dependen. Asimismo, impone al accionante alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley. Ordena además que, a los efectos de requerir información al archivo, registro o banco de datos involucrado, el criterio judicial de apreciación de las circunstancias requeridas al accionante en el artículo debe ser amplio.

g) Con relación a las medidas cautelares, el mismo artículo 38 dispone que el afectado podrá solicitar que mientras dure el procedimiento, el registro o banco de datos asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial; y que el Juez podrá disponer el bloqueo provisional del archivo en lo referente al dato personal motivo del juicio cuando sea manifiesto el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información de que se trate.

El esquema legal merece algunos comentarios: el primero, que el régimen cautelar en el hábeas data, cuando la acción se articula para la tutela del derecho a la protección de datos, tiene dos cautelares típicas —aunque no excluyentes de las demás que pudieran pedirse—: la anotación de controversia y el bloqueo provisional del dato, ambas recepcionadas en los siguientes términos: “El afectado podrá solicitar que mientras dure el procedimiento, el registro o banco de datos asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial” (apartado 3), y “El juez

que está expresamente contemplado en este capítulo debe integrarse con la Ley 16.986, de “amparo común”, sin importar si el legitimado pasivo es un banco de datos público o privado, y en lo que no surgiera de ambas regulaciones, deberá recurrirse supletoriamente a las reglas del juicio sumarísimo. Desde luego, este esquema es sumamente inadecuado, no sólo porque varias de las reglas de la ley 16.986 aparecen ya superadas por el artículo 43 de la Constitución nacional, sino porque más allá de la discusión acerca de si la naturaleza jurídica del hábeas data responde a la de un subtipo de amparo o bien debe asimilarse más al habeas corpus, aquellas reglas son indudablemente inapropiadas para esta acción especial.

podrá disponer el bloqueo provisional del archivo en lo referente al dato personal motivo del juicio cuando sea manifiesto el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información de que se trate” (apartado 4).

Al valorar las cautelares posibles dentro del proceso de hábeas data, desde antes de la Ley 25.326, Palazzi entendía que podría peticionarse la prohibición de difundir el dato mientras dure el litigio, o anotar en dicho registro que está controvertido o sometido a juicio, como lo establecen algunas legislaciones extranjeras. En tal sentido —indicaba el autor—, en un proceso de hábeas data se ha admitido que procede una diligencia preliminar en el momento de interponer la demanda intimando a la contraria a aportar los datos referentes a la relación crediticia.¹⁴⁷

Ya refiriéndose a las cautelares recogidas por la ley, entiende Masciotra que por ser éstas específicas del proceso de hábeas data, no obligan al peticionante a acreditar los presupuestos que el ordenamiento procesal exige para el dictado de las cautelares en general (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela).¹⁴⁸

h) Admitida la acción, de conformidad con el artículo 39, el juez deberá requerir al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante. Podrá asimismo solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime procedente. El plazo para contestar el informe no podrá ser mayor de cinco días hábiles, el que podrá ser ampliado prudencialmente por el juez.

i) En cuanto al contenido de la contestación del informe, el artículo 41 expresa que el archivo, registro o banco de datos deberá expresar las razones por las cuales incluyó la información cuestionada y aquellas por las que no evacuó el pedido efectuado por el interesado. Asimismo, el artículo 40 indica que los registros, archivos o bancos de datos privados no podrán alegar la confidencialidad de la información que se les requiere salvo el caso en que se afecten las fuentes de información periodística; y que cuando un archivo, registro o banco de datos público se oponga a la remisión del informe solicitado con invocación de las excepciones al de-

¹⁴⁷ Juzg Com núm. 9, Cap. Fed., 23/11/95, “Boeing SA e/Organización Veraz s/sumarísimo”, citado por Pablo A Palazzi, *Algunas reflexiones sobre el hábeas data a tres años de la reforma constitucional*, “ED”, 174–939.

¹⁴⁸ Masciotra, Mario A., *op. cit.*, nota 138, p. 588.

recho de acceso, rectificación o supresión, autorizadas por la presente ley o por una ley específica; deberá acreditar los extremos que hacen aplicable la excepción legal, y que en tales casos, el juez podrá tomar conocimiento personal y directo de los datos solicitados asegurando el mantenimiento de su confidencialidad.

j) La ley prevé la posibilidad de ampliar la demanda en el artículo 42, a tenor del cual, contestado el informe, el actor podrá, en el término de tres días, solicitar la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, ofreciendo en el mismo acto la prueba pertinente, pretensión que deberá ser contestada por el demandado dentro del término de tres días.

k) El artículo 43 prevé que, vencido el plazo para la contestación del informe o contestado el mismo, y luego de contestada la ampliación, si la hubo y de producida en su caso la prueba, el juez dictará sentencia, la cual, de ser estimatoria, especificará si la información debe ser suprimida, rectificada, actualizada o declarada confidencial, estableciendo un plazo para su cumplimiento, pero de haber sido desestimada, ello no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante. Por último, manda que, en cualquier caso, la sentencia sea comunicada al organismo de control, que deberá llevar un registro al efecto.

Como se expresó supra, en todo aquello no normado expresamente por la Ley 25.326 (por ejemplo régimen recursivo, de notificaciones, etcétera), rigen supletoriamente la antigua e inconstitucional ley de amparo (núm. 16.986) y las reglas del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación.

D. *Uruguay. La Ley 17.838*

La Constitución uruguaya no reconoce expresamente la acción de *hábeas data*, pero para cierta doctrina encuentra un fundamento similar al amparo y surge de la interpretación lógico-sistemática-teleológica de los artículos 7o., 10, 28, 72 y 332, de los cuales surge de manera indudable el derecho de todo habitante a conocer la información que sobre él se posea, el derecho a solicitar la rectificación de datos erróneos y la supresión de los datos sensibles.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Flores Dapkevicius, Rubén, *El hábeas data en la República Oriental del Uruguay*. Por lo demás, agrega el autor que resulta también de aplicación lo dispuesto en los artículos 11 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Uru-

En 2004 se dictó la Ley 17.838, por la que se establecen pautas para la protección de datos personales a ser utilizados en informes comerciales, y se regula la acción de “hábeas data”.

La regla, según explica Bortolotto, se originó en el proyecto presentado por los Senadores Heber y Brause el 6 de mayo de 2003, y pese a que se propusieron reformas a éste ante la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores —en especial respecto de ampliar el alcance limitado de la iniciativa, no referida a todos los datos de carácter personal sino específicamente a los de carácter comercial, o al menos otorgarle tal amplitud a la acción de hábeas data a fin de que sirva para la tutela de cualquier situación vinculada a los datos personales—, finalmente la Ley 17.838 se aplica exclusivamente a los datos personales para

guay mediante Ley 15.737. En un ámbito más amplio debe considerarse lo reglado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948 que en su artículo 8 dispone: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales Nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley”. El artículo 12 dispone que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Ingresando en las normas con valor y fuerza de ley, más propiamente dichas, y sin perseguir la exhaustividad en lo que refiere, por ejemplo, a los diversos bancos de datos, el artículo 694 de la ley 16736 estableció el derecho de acceso. También deben tenerse presente las normas sobre secreto bancario (decreto ley 15.322), el secreto en el Procedimiento Disciplinario, el Registro de Sumarios, competencia de la Oficina del Servicio Civil de la Presidencia de la República, los artículos 17, 40 y 42 del Decreto 258/92, Decreto 396/03 que refieren a las Historias Clínicas y , las leyes 14.005 y 17.668, que regulan la donación y trasplante de órganos, estableciendo bancos de datos y el necesario secreto, a los efectos de proteger a los donantes.

Otras normas de importancia las encontramos en la Ley 16.616, sistema estadístico nacional, que consagra algunos principios ha tener presente. En Uruguay está vigente, desde 1998, el Expediente Electrónico, decretos 65/98 y 382/03, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 17243, que lo consagró en forma definitiva. Asimismo, normas reglamentarias establecieron el principio de libre flujo de información (artículo 14 del decreto 500/91), el legajo electrónico de los funcionarios de la Administración Central (Poder Ejecutivo), decreto 385/99 y las formas de almacenamiento de documentos electrónicos, Decreto 83/001.

El tema que nos ocupa se relaciona con la ley de defensa del consumidor y tarjetas de crédito (tratamiento y comunicación de datos, transacciones que se realizan en Internet); pago de sumas, mes a mes, por exclusión de los datos en las guías telefónicas, etcétera Desde el punto de vista penal, el Código Penal tipifica la violación de correspondencia escrita y de comunicación telegráfica y telefónica y el conocimiento fraudulento de documentos secretos, artículos 296, 297 y 300.

ser utilizados en informes comerciales, y la acción de hábeas data se encuentra referida solamente a dichos datos, pues el artículo 2o. de la citada norma establece claramente que “Se exceptúan de esta ley, el tratamiento de datos que no sean de carácter comercial”. En esta línea de pensamiento encontramos, por ejemplo, al doctor Lorenzo Sánchez Carnelli, para quien la disposición del artículo 2o. de la Ley se refiere a toda la Ley y no al título primero, quedando en consecuencia fuera de su protección los datos personales que no sean de carácter comercial (Sánchez Carnelli, Lorenzo, “Ley 17.838: un hábeas data parcial”, *Revista de Derecho Público*, Montevideo, núm. 27, FCU, agosto de 2005); a la doctora Anabella Aldaz, para quien:

por expresa disposición de la Ley han quedado excluidos los datos personales no comerciales, cuando seguramente la norma pudo tener un alcance tuitivo más amplio y no restringido exclusivamente a datos de carácter comercial. De todas maneras la protección de los datos personales y la acción de “hábeas data” continuaría recibiendo amparo en el marco de los artículos 72 y 332 de la Constitución” (Anabella Aldaz, “Análisis preliminar de la Ley 17.838 —Protección de datos personales comerciales y acción de Hábeas Data”, *Anuario de Propiedad Intelectual 2004*, GPI—Grupo de Propiedad Intelectual, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2004); al profesor doctor Walter Guerra Pérez, para quien “esta Ley que resultó definitivamente aprobada, como puede apreciarse, no alcanza a la protección de todos los datos personales por el uso que de ellos pueda realizarse en cualquier circunstancia, sino que está limitada a la protección de datos personales cuyo tratamiento tenga un destino comercial, tanto de personas físicas como jurídicas (Artículos 1o. y 2o. de la Ley)” (Walter Guerra Pérez, “Hábeas Data. Normas procesales. Primera lectura de la Ley 17.838”, *Revista de Derecho VII*, Montevideo, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga, 2005), o a la profesora doctora María Balsa Cadenas, para quien la “legislación reciente reconoce el derecho de las personas a una acción sumaria para informarse, pedir rectificación, actualización y/o eliminación de sus datos personales tratados por las entidades financieras” (María Balsa Cárdenas, “Entidades financieras y hábeas data”, en *Diario “El País”*, Economía & Mercado, edición correspondiente al día lunes 17 de octubre de 2005).¹⁵⁰

¹⁵⁰ Verenna Bortolotto, “Protección de datos personales contenidos en las bases de datos informatizadas y no informatizadas obrantes en el Poder Judicial Uruguayo”, *AR: Revista de Derecho Informático*, Alfa-Redi, núm. 096, julio de 2006.

Ya con relación a la estructura de la norma, ésta dedica al hábeas data dos capítulos del título II (“Hábeas data y órgano de control”); el primero de ellos (“Hábeas data”) consta de cinco artículos donde define los supuestos de procedencia de la acción (artículo 12); el derecho a requerir gratuitamente al órgano de control información sobre las bases de datos que tratan datos personales (artículo 13); el derecho a conocer los datos personales propios o los de un pariente respecto del cual el solicitante haya sido declarado heredero (artículo 14), y los derechos de rectificación, actualización y supresión de los datos incorrectamente tratados (artículos 15 y 16).

El segundo (“Acción de protección de los datos personales”), está integrado por tres artículos, donde se establece los legitimados pasivos de la acción y los supuestos en que ésta puede deducirse (artículo 17); los legitimados activamente para entablarla (artículo 18) y las reglas de trámite (artículo 19).

Salvo por lo establecido en el artículo 19, el resto de las normas contenidas en los dos capítulos referidos se ciñen a la acción y no al proceso, y no se comprende cuál ha sido la lógica utilizada para distinguir entre ambos capítulo, salvo que se haya pretendido establecer el contenido de un “derecho de hábeas data” ejercible a través de la “acción de protección de los datos personales o hábeas data”.

a. Hábeas data

La ley trae las siguientes disposiciones destinadas a regular la acción:

- El artículo 12 dispone que toda persona tendrá derecho a entablar una acción efectiva para tomar conocimiento de los datos referidos a su persona y de su finalidad y uso, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de error, falsedad o discriminación, a exigir su rectificación, supresión o lo que entienda corresponder. Aclara que cuando se trate de datos personales cuyo registro esté amparado por una norma legal que consagre el secreto a su respecto, el Juez apreciará el levantamiento del mismo en atención a las circunstancias del caso.¹⁵¹

¹⁵¹ La regla establece las legitimaciones activa y pasiva, el objeto, los bienes jurídicos protegidos y algunos de los límites de la acción.

- El artículo 13 expresa que cualquier persona podrá requerir al organismo, de control información relativa a la existencia y domicilio de archivos, registros o bases de datos personales, sus finalidades y la identificación de sus responsables, y que a fin de cumplimentarse con ello, habrá un registro actualizado de consulta pública y gratuita.¹⁵²
- El artículo 14 reconoce a todo titular de datos personales que previamente acredite su identificación con el documento de identidad respectivo, el derecho a obtener toda la información que sobre sí mismo se halle en bases de datos públicas o privadas; derecho de acceso que sólo podrá ser ejercido en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se hubiere suscitado nuevamente un interés legítimo de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Además, expresa que cuando se trate de datos de personas fallecidas, el ejercicio del derecho corresponderá a cualquiera de sus sucesores universales, cuyo carácter se acreditará por la sentencia de declaratoria de herederos.
- Establece además que el plazo para proporcionar la información es de veinte días hábiles de haber sido solicitada, y que vencido el plazo sin que el pedido sea satisfecho o si fuera denegado por razones no justificadas de acuerdo con esta ley, quedará habilitada la acción de hábeas data prevista en ella.¹⁵³
- El artículo 15 reconoce a toda persona física o jurídica, el derecho de solicitar la rectificación, actualización y la eliminación o supresión de los datos personales que le correspondan que estén incluidos en una base de datos o similares, cuando se haya constatado error o falsedad en la información de la que es titular.

Manda, asimismo, al responsable de la base de datos a realizar la rectificación, actualización, eliminación o supresión, mediante las operacio-

¹⁵² La norma reconoce el derecho de toda persona a exigir al organismo de control información actualizada brindada por un registro público y de acceso gratuito acerca de la existencia, localización, finalidades y responsables de archivos, registros o bases de datos personales.

¹⁵³ La regla reconoce el derecho de acceso del titular y de sus sucesores universales reconocidos judicialmente en tal carácter a toda la información personal obrante en bases de datos públicas o privadas; en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se acredite interés. La información debe proporcionarse dentro de los veinte días hábiles de solicitada, quedando habilitada la acción de hábeas data si no se proporcionara o se alegaran razones no justificadas para negarla.

nes necesarias a tal fin en un plazo máximo de veinte días hábiles de recibida la solicitud por el titular del dato o, en su caso, informar de las razones por las que estime no corresponde. Y para el caso de incumplimiento de esta obligación por parte del responsable de la base de datos o el vencimiento del plazo, habilita al interesado a promover la acción de hábeas data prevista en esta ley.

Agrega que no procede la eliminación o supresión de datos personales salvo en aquellos casos de notorio error o falsedad, en aquellos casos en que se pueda causar perjuicio a los derechos o intereses legítimos de terceros o cuando contravenga lo establecido por una obligación legal.

Establece, por último, que durante el proceso de verificación o rectificación de datos personales, el responsable de la base de datos ante el requerimiento de terceros por acceder a informes sobre los mismos, deberá dejar constancia que dicha información se encuentra sometida a revisión.¹⁵⁴

- El artículo 16 dispone que la rectificación, actualización, eliminación o supresión de datos personales cuando corresponda, se efectuará sin cargo alguno para el interesado.¹⁵⁵

b. Acción de protección de los datos personales

El artículo 17 habilita al titular de datos personales para entablar la acción de protección de datos personales o hábeas data, contra todo responsable de una base de datos pública o privada, cuando quiera conocer sus datos personales que se encuentran registrados en una base de datos o similar y dicha información no le hubiese sido proporcionada por el responsable de la base de datos conforme se prevé en la norma, y cuando haya solicitado al responsable de la base de datos su rectificación, actualización, eliminación o supresión y éste no hubiese procedido a ello o da-

¹⁵⁴ La norma reconoce a toda persona el derecho de solicitar la rectificación, actualización, eliminación o supresión de los datos cuando se haya constatado notorio error o falsedad en la información, perjuicio en derechos o intereses de terceros o contravención a una obligación legal, la que deberá realizarse o negarse con expresión de razones en un plazo máximo de veinte días hábiles, quedando habilitada la acción de hábeas data. Durante este proceso de verificación o rectificación de datos debe informar a los terceros que accedan a la información que ella se encuentra sometida a revisión.

¹⁵⁵ Esta regla complementa al artículo 15 y expresa que las operaciones de rectificación, actualización, eliminación o supresión de datos personales será gratuita.

do razones suficientes por las que no corresponde lo solicitado, en el plazo previsto al efecto en la ley.¹⁵⁶

El artículo 18 dispone que la acción de hábeas data podrá ser ejercida por el propio afectado titular de los datos o sus representantes, ya sean tutores o curadores y, en el caso de personas fallecidas, por sus sucesores universales, en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por medio de apoderado. Aclara que, en el caso de personas jurídicas, la acción deberá ser interpuesta por sus representantes legales o los apoderados designados a tales efectos.¹⁵⁷

El artículo 19 dispone que las acciones que se promuevan por violación a los derechos contemplados en la ley se regirán en lo general por las normas del Código General del Proceso y en lo particular por los artículos 6o., 7o., 10, 12 y 14, y en lo aplicable por los demás artículos de la Ley núm. 16.011, de 19 de diciembre de 1988.¹⁵⁸

La norma uruguaya sigue en definitiva los lineamientos provenientes de la normas del derecho extranjero que la precedieron, en especial los emergentes de la legislación argentina, y adolece de similares vicios, pero al menos es un avance en materia protectoria del que carecen muchas legislaciones latinoamericanas.

IV. HACIA UNA REGULACIÓN IDEAL DEL HÁBEAS DATA

Partiendo de una situación ideal donde se reconozca constitucionalmente el derecho a la protección de datos y la acción de hábeas data y luego se desarrollen normativamente tanto las pautas esenciales del derecho de la protección de datos —a través de una ley al estilo europeo que, por un lado, defina el contenido del derecho a la protección de datos, y por el otro le otorgue protección tanto administrativa (a través de un ór-

¹⁵⁶ Esta norma declara que la acción de protección de datos personales o hábeas data procede contra todo responsable de una base de datos pública o privada, a fin de conocer los datos cuando le fueran negados inválidamente y cuando no se aceptara, sin razones suficientes, la rectificación, actualización, eliminación o supresión.

¹⁵⁷ Esta regla habilita a interponer la acción al titular, a sus representantes, apoderados y sucesores universales en línea directa o colateral hasta el segundo grado.

¹⁵⁸ Esta norma remite el trámite de la acción a las normas del Código General del Proceso y en lo particular por los artículos 6o., 7o., 10, 12 y 14, y en lo aplicable por los demás artículos de la Ley núm. 16.011, 19 de diciembre de 1988.

gano de control independiente, con facultades regulatorias y sancionatorias sobre los bancos de datos públicos y privados); como judicial (mediante la inclusión del proceso de hábeas data en un Código Procesal Constitucional, al modo peruano) — como las específicamente referidas al proceso de hábeas data, nos parece que cualquier regulación del derecho, la acción y el proceso de hábeas data —en su versión restringida a la tutela del derecho a la protección de datos—, debe contener, como mínimo, las siguientes pautas:

1. *Acción de hábeas data*

A. *Bienes jurídicos protegidos*

La acción —cuando se regula sólo el hábeas data propio— debe centrarse en brindar protección integral al derecho a la protección de datos personales, sin referirse a los demás derechos cuya tutela abarca (intimidad, imagen, honor, etcétera) a fin de que la regla no pueda interpretarse restrictivamente.

B. *Legitimación activa*

Los legitimados naturales para interponer la acción son las personas físicas o de existencia ideal que registrados en los sistemas de información. A ellos debe sumárseles, en el caso de las personas físicas fallecidas, a sus sucesores universales (mientras esta opción es admitida por las legislaciones argentina, uruguaya y brasileña, el Código procesal constitucional peruano no la prevé), sean o no herederos —podrían, por ejemplo ser cesionarios de derechos hereditarios, y en este último caso con alguna restricción, como es el caso de los datos sensibles—.

También cabe considerar otras legitimaciones especiales para impugnar determinados tipos de tratamientos que produzcan lesiones no ya individuales, sino sectoriales o colectivas, donde debiera legitimarse simultáneamente al defensor del pueblo, a las asociaciones sectoriales y, en el caso argentino, al Ministerio Público, por tener el objetivo constitucional de intervenir en tutela de la legalidad.

C. *Legitimación pasiva*

Del mismo modo que en el caso de los legitimados activos, la legitimación pasiva debe ser amplia, alcanzando a todos los titulares, responsables o encargados de tratamiento de sistemas de información de titularidad pública o privada (en este último caso, siempre que excedan el uso exclusivamente personal del registrador), se encuentren informatizados o no, y siempre que estén diseñado de manera que permitan un acceso sistematizado (se excluyen por lo tanto los expedientes administrativos, libros, diarios, etcétera) a datos personales por cualquier medio (físico, electrónico, etcétera).

En este sentido, constituye un error expresar, como lo hace la ley argentina de protección de datos —en limitación morigerada por su decreto reglamentario, núm. 1558/01—, que sólo son demandables por esta vía los bancos de datos privados destinados a proveer informes.¹⁵⁹

D. *Objeto*

Una adecuada tutela del bien jurídico principal —y también a los protegidos a través del respeto de éste— obliga a reconocer un catálogo lo más detallado posible de las múltiples pretensiones que pueden articularse a través de la acción, el cual debe formularse con carácter meramente enunciativo, como lo expresa, pese a su defectuosa técnica legislativa, el artículo 12 de la Ley uruguaya 17.838, cuando dispone que el afectado tiene derecho “en caso de error, falsedad o discriminación, a exigir su rectificación, supresión o lo que entienda corresponder”.

A fin de ilustrar sobre las distintas potencialidades de la acción, hemos realizado una clasificación —también enunciativa— de los diversos tipos y subtipos de hábeas data, partiendo de las diversas pretensiones que pueden articularse por tal vía. Así, ellos pueden ser primeramente divididos entre:

Propios e impropios. Los primeros son aquellos reconocidos en estricta conexión con el tratamiento de datos de carácter personal, y los segun-

¹⁵⁹ Ley 25.326, artículo 35 (Legitimación pasiva). La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes.

dos, para resolver problemáticas conexas, pero bien diferenciables, como el acceso a la información pública o el ejercicio del derecho de réplica.

Individuales y colectivos. Según si es ejercido a título personal o en representación de un número determinado o indeterminado de personas.¹⁶⁰

Preventivos. Persiguen evitar daños no consumados.

¹⁶⁰ La mayoría de los hábeas data revistados son sólo articulables por las personas físicas o jurídicas a las que se refieren los datos respectivos, y en los ordenamientos que así lo reconocen, se extiende excepcionalmente a los sucesores universales de las personas físicas.

De allí que se aluda al hábeas data individual, por contraposición al hábeas data colectivo (este último ejercible no ya en tutela de un mero interés individual, sino en representación colectiva, esto es, en la intención de proteger no ya a un solo sujeto sino también a un grupo determinado o indeterminado de personas afectadas por un tratamiento ilegal o ilegítimo de datos de carácter personal), que puede ser incoado tanto por la persona registrada (cuando considera que además de ella existen otras personas afectadas igualmente por un tratamiento ilegal), como por ciertas asociaciones (vulgarmente conocidas como Organizaciones No Gubernamentales) constituidas en pro de determinados fines de bien común (por ejemplo de defensa del consumidor, de lucha contra la discriminación, etcétera) y por el defensor del pueblo (en virtud de su usual legitimación procesal a fin de tutelar judicialmente los derechos de las personas). Así, en este hábeas data no se tutela ya un mero interés individual, sino el de muchas individualidades y a la vez uno general, y por ello se acude a la representación colectiva.

Su origen fue doctrinario, en concreto a propuesta nuestra y de Palazzi, frente a la inserción del hábeas data como subtipo de amparo en la reforma constitucional argentina de 1994 (se entendió que el constituyente, al remitir a la acción de amparo en el mismo artículo regulada —en concreto, tratada en sus especies individual y colectivo— también habilitaba ambas posibilidades del hábeas data, en especial por funcionar, al igual que el amparo colectivo, frente a supuestos de discriminación).

Luego fue reconocido normativamente de manera expresa en la Constitución venezolana de 1999, al disponer, en su artículo 281, inciso 3o., que entre las atribuciones del defensor del pueblo se encuentra la de interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley.

Desde luego, tal legitimación colectiva nunca podrá servir para acceder directamente a los datos de personas distintas del impetrante (en especial, en los casos en que es incoado por una persona física o de existencia ideal), sino para reparar lesiones de orden colectivo (cuando, por ejemplo se solicita la eliminación de una determinada categoría de datos que son incompatibles con la finalidad del registro y pueden causar discriminación), en cuyo caso sólo el juez del hábeas data y en todo caso el funcionario legalmente legitimado para ello (por ejemplo el defensor del pueblo, o el titular del órgano de control) podrán tener contacto con ellos (en el caso mencionado, a fin de verificar su eliminación).

Reparadores. Cuyo objetivo es el de subsanar daños ya proferidos o que se están ocasionando.

Ortodoxos. Los estrictamente relacionados con las facultades ordinariamente conferidas a los titulares de los de datos para operar sobre éstos.

Heterodoxos. Los que exceden dicha tipología y que generalmente son inferidos de los principios básicos de la protección de datos, como aquellos que pudieran ser articulados por el defensor del pueblo, en tutela de derechos de incidencia colectiva, o por los responsables o usuarios de bancos de datos, articulados respecto de otros responsables o usuarios a quienes le cedieron la información y la están tratando ilegítimamente —allí estarían tutelando derechos propios y de los registrados, ya que el incumplimiento de las pautas contractuales fijadas en desmedro de éstos le significaría extender solidariamente, a tenor de ciertas disposiciones, como el artículo 11, apartado 4, de la ley argentina de protección de datos personales, la responsabilidad civil y administrativa del cesionario de los datos—.

A esta clasificación puede adosársele otra que grafica más claramente las facultades que pueden ejercerse cuando de la tutela del derecho a la protección de datos se trata:

Hábeas data informativo. Es aquél que no está destinado a operar sobre los datos registrados, sino que solamente procura recabar la información necesaria para permitir a su promotor decidir a partir de ésta —si es que la información no la obtuvo antes por vía extrajudicial— si los datos y el sistema de información está funcionando legalmente o si, por el contrario no lo está y por lo tanto solicitará operaciones sobre los asientos registrados o sobre el sistema de información en sí mismo. Se subdivide en tres subtipos:

a) Localizador. Destinado a indagar sobre la existencia y ubicación de bancos y bases de datos, y encuentra su razón lógica en que, para poder ejercer los derechos reconocidos por las normas protectoras de datos de carácter personal, resulta necesario previamente localizar las fuentes potencialmente generadoras de información lesiva. Varios países —por ejemplo España, a través de su ley orgánica sobre el régimen del tratamiento automatizado de datos, de 1999; Argentina, en su Ley 25.326, Uruguay, en la ley 17.838—, con el objeto de garantizar el ejercicio de los derechos de aquéllos que se encuentren potencialmente afectados, establecen la obligato-

riedad de inscribir a las bases y bancos de datos ante el órgano de aplicación de la ley.

b) Finalista. Reconocido con el objeto de determinar para qué se creó el registro, lo que permitirá luego a su promotor establecer si las categorías de los datos almacenados se corresponden con la finalidad declarada en el acto de su creación.

c) Exhibitorio. Dirigido a conocer qué datos de carácter personal se encuentran almacenados en determinado sistema de información y verificar el cumplimiento de los demás requisitos que le exige la ley para proceder a la registración de aquéllos (por ejemplo consentimiento informado del interesado).

d) Autoral. Cuyo propósito es inquirir acerca de quién proporcionó los datos con que cuenta la base o banco de datos.

De estos subtipos, el primero es ordinariamente de fuente legal, mientras que los tres restantes se encuentran regulados expresamente en las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Venezuela. También lo prevé expresamente la Constitución de Portugal, y en el plano de las autonomías locales argentinas, se encuentra regulado por las Constituciones de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Chubut, Jujuy, Río Negro, San Juan, San Luis y Tierra del Fuego.

También se refieren a ellos la ley argentina 25.326 (artículos 6o., 13, 14 y 15), la ley chilena sobre protección de la vida privada (19.628), artículos 9o. y 12, la ley brasileña 9.507 (artículo 7o.), el Código Procesal Constitucional peruano (artículo 61) y la ley uruguaya 17.838 (artículos 13, 14 y 17).

Hábeas data aditivo. Tiene por finalidad agregar al sistema de información datos de carácter personal no asentados en éste. En este subtipo confluyen tres subtipos distintos, los dos primeros, destinados a actuar sobre los datos del interesado que ya se encuentran asentados en un banco o base de datos, y el tercero, dirigido a que los datos de aquél sean ingresados al registro en el que fueron omitidos. Así, puede aludirse al hábeas data:

a) Actualizador. Que es el diseñado para actualizar datos vetustos pero ciertos (por ejemplo si alguien figura como abogado, pero ha sido designado juez, aunque el título profesional lo sigue teniendo, su perfil de ejercicio —y de identidad— es sustancialmente diferente).

- b) Aclaratorio. Que es el destinado a aclarar situaciones ciertas pero que pueden ser incorrectamente interpretadas por quien acceda a los datos contenidos en el registro (por ejemplo si bien un banco de datos puede coleccionar y proporcionar a terceros datos sobre las personas que han obtenido créditos comerciales y registraron atrasos en el pago, quien figure como deudor podría pretender que el banco de datos a coloque que su carácter no era de deudor principal sino de garante de la obligación contraída, o que la misma se encuentra controvertida por el deudor principal y se encuentra inhibido de cancelarla hasta tanto sea determinada su exigibilidad), y
- c) Inclusorio. Cuya finalidad es la de operar sobre un registro que ha omitido asentar los datos del interesado, quien se encuentra perjudicado por dicha omisión (por ejemplo el titular de un establecimiento hotelero cuyo dato no figura en un banco de datos de la Secretaría de Turismo de la Nación destinada a los turistas en los aeropuertos).¹⁶¹

El único subtipo regulado expresamente en el plano constitucional es el hábeas data actualizador, y lo incluyen las Cartas de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay y Venezuela. También lo contienen las Constituciones de Portugal y las de la Ciudad Autónoma y de la Provincia de Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Chubut, San Juan y Tierra del Fuego.

También se refieren a ellos la Ley argentina 25.326 (artículo 16), la Ley brasileña 9.507 (artículos 4o. y 7o.), la Ley Chilena sobre Protección de la Vida Privada (19.628), artículos 6o. y 9o., el Código Procesal Constitucional peruano (artículo 61) y la Ley uruguaya 17.838 (artículos 5o., 12, 15 y 17).

Hábeas data rectificador o correctivo. Este subtipo está dirigido a corregir no sólo a los datos falsos (aquellos que no se corresponden siquiera mínimamente con la realidad), sino también a los inexactos o imprecisi-

¹⁶¹ Apunta al respecto Bergel —citando a Roppo— que “en un cierto sentido (el derecho de inserción) es simétrico al derecho de cancelación y se funda en las circunstancias que los sujetos tienen un interés preciso en que los propios datos sean insertados en un determinado banco de datos que los omitió, insertar junto a otros datos suyos que pueden modificar su perfil o despejar dudas al respecto” (Bergel, Salvador D., “El hábeas data: instrumento protector de la privacidad”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, núm. 7, “Derecho privado en la reforma constitucional”, 1994, p. 209).

sos (por ejemplo el dato registrado es incompleto o puede dar lugar a más de una interpretación).

Se encuentra regulado en las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay y Venezuela. Lo prevén también expresamente la Constitución de Portugal, las de la Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Chubut, Jujuy, San Juan y Tierra del Fuego.

También, en el plano subconstitucional, refieren a ellos la Ley argentina 25.326 (artículo 16), la Ley brasileña 9.507 (artículos 4o. y 7o.), la Ley Chilena sobre Protección de la Vida Privada (19.628), artículo 6o., el Código Procesal Constitucional peruano (artículo 61) y la Ley uruguaya 17.838 (artículos 12, 15 y 17).

Hábeas data exclutorio o cancelatorio. Este subtipo está diseñado a fin de eliminar total o parcialmente los datos almacenados respecto de determinada persona, cuando por algún motivo no deben permanecer en el sistema de información de que se trate. Ello puede ocurrir en múltiples supuestos, como en el caso de la registración de cualquier tipo de datos que no se correspondan con la finalidad del banco o base de datos, de datos falsos que el registrador se niega a rectificar o actualizar, del tratamiento ilegal de los denominados “datos sensibles”¹⁶² (que en algunos casos no pueden ser objeto de tratamiento, y en otros sólo pueden ser tratados por escasos registros expresamente autorizados legalmente para ello, como los datos de afiliación política, por los partidos políticos), etcétera.

La figura se encuentra regulada expresamente en las Constituciones de Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay y Venezuela. También lo prevén las Cartas de Portugal, Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires, Chaco y Chubut.

¹⁶² Según la Declaración sobre la Regulación de Datos Personales Automatizados, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su 45a. sesión ordinaria bajo el nombre de “Directrices para la regulación de ficheros automáticos de datos personales” los datos sensibles son ciertos tipos de datos personales cuya utilización puede dar lugar a “discriminaciones ilegales o arbitrarias”. Entre los datos que no deben ser recogidos se menciona explícitamente los que hacen referencia a raza, origen étnico, color, vida sexual, opinión política, religión, filosofía y otras creencias, así como el ser miembro de asociaciones o uniones sindicales (§ 5). (Para un análisis más particularizado ver el trabajo de Ekmekdjian, Miguel Á., Pizzolo (h.), Calogero, *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 43).

Refieren a este subtipo la ley argentina de protección de datos de carácter personal (artículo 16), la Ley Chilena sobre Protección de la Vida Privada (19.628), artículo 6o., el Código Procesal Constitucional peruano (artículo 61) y la Ley uruguaya 17.838 (artículos 5o., 12, 15 y 17).

Hábeas data reservador. Este subtipo tiende a asegurar que un dato correcta y legítimamente almacenado sea mantenido en confidencialidad y en consecuencia sólo se comunique a quienes se encuentran legalmente autorizados y exclusivamente en los supuestos en que tales sujetos han sido habilitados para ello.

En general —pero no exclusivamente— se vincula a los casos de datos “sensibles” (por ejemplo si el Registro Nacional de Reiniciencia evacuara indiscriminadamente vía Internet los informes sobre los antecedentes penales de quienes se encuentran registrados en ellos, con lo cual vulneraría las limitaciones que la ley de su creación le impone respecto de la acotación de los legitimados para acceder a ellos y las situaciones en que pueden hacerlo).

Fue incorporado por primera vez de manera expresa en el plano constitucional en la reforma constitucional federal argentina de 1994 y ha sido objeto de ciertas críticas, no por su indudable utilidad, sino por la forma de su inclusión.¹⁶³

También pueden encontrarse previsiones que permiten configurarlo en las Constituciones de Perú y Portugal y —ya en el ámbito interno argentino—, en las Cartas de la Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Chubut, Jujuy y Tierra del Fuego.

En el plano subconstitucional está regulado por la Ley argentina 25.326 (artículos 8o. y 10), la Ley Chilena sobre Protección de la Vida

¹⁶³ Bergel entiende que la confidencialidad no es meta propia de esta garantía (Bergel, Salvador D., *op. cit.*, nota 161, p. 216). Esta posición sólo se entiende si se parte de una interpretación literalista del artículo 43 de la Const., y se limita al hábeas data sólo cuando exista falsedad o discriminación, y se entiende que en tales casos no corresponde sino la cancelación del dato y no su confidencialización (de todas formas, nos parece que puede ser suficiente con la reserva del dato para eliminar la potencial discriminación). Palazzi, advirtiendo las deficiencias de la formulación constitucional, también indica que en el caso de falsedad tendrá sentido pedir supresión, rectificación o actualización, pero no la confidencialidad de los datos, y que cuando éstos fueron recabados con el propósito de discriminar, el paso más lógico parece el de pedir la supresión del dato (Palazzi, Pablo A., *El hábeas data en la Constitución nacional. La protección de la privacidad en la “era de la información”*, JA, 1995-IV-710).

Privada (19.628), artículo 7o., el Código Procesal Constitucional peruano (artículo 61) y la Ley uruguaya 17.838 (artículos 6o., 12 y 17).

Hábeas data disociador. Ordinariamente, las normas sobre protección de datos de carácter personal (y también otras, como las que regulan el secreto estadístico), prevén la posibilidad de que uno o más datos referidos a una persona determinada pueda ser valorado dentro de determinados parámetros (por ejemplo pertenencia grupal, ubicación social, sexo, edad, estado de salud, etcétera), pero sin que quien opera sobre los mismos tenga acceso a conocer la identidad de la persona a la cual se refieren esos datos. Esto se hace a partir de un proceso de desvinculación del dato mediante técnicas de disociación, que como regla no deben permitir la identificación de quien fue registrado. La falta de cumplimiento de estas normas habilita al perjudicado a plantear un hábeas data disociador, precisamente para que ese dato sea sometido a las técnicas correctas que aseguren el cumplimiento de la finalidad legal.

Este subtipo tiene similitud con los hábeas datas reservador y exclutorio, por cuanto en definitiva apunta a que los datos en cuestión puedan ser valorados dentro de determinados parámetros —aunque sin conocer la identidad del registrado— y a que se eliminen las referencias de esos datos respecto del promoviente, pero difiere de ellos en cuanto a que no necesariamente implica la eliminación de un dato del registro ni su confidencialización, sino su transformación en otro respecto del cual no puede predicarse la identidad de su titular.

Entre sus diversas utilidades puede ser eficaz para, por ejemplo, contrarrestar violaciones a las normas que autorizan a recoger datos anónimos con fines epidemiológicos (por ejemplo comunicación de enfermos de sida en los términos que impone la Ley 23.798, es decir, codificados de manera que no pueda predicarse precisamente el titular de los datos).

Se refiere a la disociación de datos la Ley argentina 25.326 (artículos 11 y 28), y también la Ley Chilena sobre Protección de la Vida Privada (19.628), artículo 3o.

Hábeas data encriptador. Más allá del derecho a que determinados datos sean reservados o disociados, en algunos supuestos, y a fin de brindar mayor seguridad y agilidad a la operación sobre determinados datos, puede ser necesario acudir a técnicas de encriptación, lo que implica en definitiva otra perspectiva, donde el dato está de algún modo

oculto, y sólo puede ser conocido por quienes cuenten con la clave para descifrarlos.¹⁶⁴

Este subtipo entonces está dirigido a que se lleve a cabo tal tarea de encriptación, y no cuenta hasta el momento con reconocimiento legal expreso en el ámbito latinoamericano.

Hábeas data bloqueador. Muy emparentado al hábeas data reservador y al exclutorio se presenta un subtipo ligeramente distinto, que pretende “trabar” el tratamiento —generalmente en lo relativo a la transmisión o cesión a terceros— de los datos asentados en un registro.

Ese impedimento de comunicación de los datos puede o no ser temporalmente limitado, según las circunstancias. El bloqueo transitorio comúnmente se peticiona y ordena judicialmente como medida cautelar dentro del marco de una pretensión de fondo que, para que no se frustre, requiere de esa traba (por ejemplo por la que se pretende la eliminación de un dato discriminatorio), mientras que el bloqueo definitivo ordinariamente surgirá de una decisión de fondo por la que no pueda solicitarse la eliminación del dato, pero sí su bloqueo por haber expirado el tiempo legal para su comunicación generalizada a terceros.

La ley argentina de protección de datos personales prevé el primero de estos supuestos (artículo 38), y se refiere a éste la Ley Chilena sobre Protección de la Vida Privada (19.628), en el artículo 6o.

Hábeas data asegurador. Uno de los más importantes principios relativos al tratamiento de datos es el que indica que, para que un tratamiento sea legal, debe garantizarse la seguridad de los datos, pues de nada sirve que se reconozcan los derechos a operar sobre los bancos de datos si los procedimientos técnicos utilizados para dicho tratamiento permiten fugas o alteraciones ilegales de la información almacenada.

Por tal motivo, cabe la utilización de este subtipo para lograr la constatación judicial de las condiciones en que opera el sistema de información que contiene los datos y —en su caso— la imposición de condiciones técnicas mínimas de seguridad para que se pueda proseguir con el tratamiento de datos de carácter personal, bajo apercibimientos de cancelación del registro o bien de exclusión de los datos en él registrados.

¹⁶⁴ Según Villalobos, *encriptación* “es el proceso de convertir un mensaje en texto cifrado, utilizando una clave. De esta manera, el mensaje se hace ilegible por los símbolos y grafías aparentemente sin sentido que contiene. Sin embargo, el destinatario, que se supone tiene otra clave similar, puede descifrarlo” (Villalobos, Edgardo A., *Diccionario de derecho informático*, Panamá, 2002, p. 71).

El hábeas data asegurador se asimila al reservador por cuanto ambos persiguen la efectiva vigencia de la confidencialidad y permiten el control técnico de la actividad del registrador, pero es por otro lado más amplio en el sentido de que no opera sólo respecto de datos confidenciales, sino de cualquier tipo de datos.

La Ley Argentina de Protección de Datos Personales prevé este supuesto (artículo 9o.), y la Ley Chilena sobre Protección de la Vida Privada (19.628), lo trata en su artículo 11.

Hábeas data impugnativo. Las normas sobre protección de datos suelen prever el derecho del registrado a impugnar las valoraciones que de sus datos realice el registrador, como asimismo a que se adopten decisiones judiciales o administrativas con único fundamento en el resultado del tratamiento informatizado de datos de carácter personal que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado.

Este subtipo presenta cierta similitud con el hábeas data rectificador o correctivo, si por vía de esa impugnación se pretende establecer una conclusión distinta a la que aparece en el registro, y con el exclutorio, cuando a través de esa impugnación se persigue la eliminación total de dicha valoración o decisión.

La Ley Argentina de Protección de Datos Personales prevé el derecho de impugnación de las valoraciones personales en su artículo 20.

Hábeas data resarcitorio. Este subtipo, al que rotulamos resarcitorio aunque preferiríamos denominarlo “reparador” —pues se vincula con lo que los iusprivatistas denominan actualmente derecho a la reparación,¹⁶⁵

¹⁶⁵ Desde el ángulo lexicológico, preferimos utilizar el término *reparación*, pese a que suele aludirse a un “derecho de daños” y también existen otros términos que ordinariamente suelen ser utilizado como sinónimos del que proponemos (por ejemplo *indemnización* o *resarcimiento*). En esta inteligencia, la voz “reparación” nos parece conceptualmente más apropiada, especialmente porque el término *indemnización*, a pesar de que lexicológicamente pareciera cubrir todos los daños ocasionados (indemne: sin daño), ello no siempre es así (por ejemplo en el caso de las expropiaciones si bien se exige la indemnización previa y justa, la extensión del resarcimiento es más limitada).

El término *reparación* nos da la idea de que su objetivo esencial es el de llevar las cosas al estado anterior, dentro de lo posible, al momento en que se produjo el daño, aunque, por cierto, no en todos los casos borra la totalidad de los aspectos que fueron modificados por efecto del hecho, acto u omisión generadora del daño. Por otro lado, la *indemnización* suele ser asociada más a la compensación pecuniaria, que a las otras formas de reparación y la voz “reparación” tiene tres acepciones, que incluye a esta última: arreglo de daños o averías; satisfacción tras ofensa o agravio, e indemnización (Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 2001, p. 865).

pero no recurrimos a tal rótulo a fin no confundirlo con la clasificación entre hábeas data preventivos y reparadores—, tiende precisamente a lograr la satisfacción de indemnizaciones, y en los países que ello es factible —en la mayoría de los ordenamientos que regulan el hábeas data o las acciones procesales constitucionales por las que se vehiculiza el derecho a la protección de datos no pueden articularse pretensiones resarcitorias—, suele utilizarse conjuntamente con otras pretensiones conexas, como la rectificación o exclusión de los datos.

La Constitución del Ecuador lo prev e de manera expresa al regular el hábeas data, y en Colombia se han admitido regularmente acciones de tutela frente a la violación del “derecho de hábeas data” donde se pretendían indemnizaciones por los perjuicios sufridos por el accionante.

Asimismo, algunas leyes sobre protección de datos también se ocupan de destacar la pertinencia de la reparación de los daños causados por la violación de las normas del derecho a la protección de datos (por ejemplo el artículo 19 de la Ley española 15/99 de protección de datos de carácter personal; el artículo 31 de la Ley Argentina de Protección de Datos Personales, y la Ley Chilena sobre Protección de la Vida Privada, artículo 11).

En cuanto a los supuestos de procedencia de la acción, aparecen más claros en la legislación argentina,¹⁶⁶ mientras que los supuestos de improcedencia son regulados expresamente por la legislación peruana (en la argentina se encuentran implícitos).

E. *Caducidad*

La acción de hábeas data no debe estar sujeta a plazos de caducidad, pues debe poder ejercerse en cualquier tiempo mientras un dato ilegal o ileg tamente tratado afecte sus derechos, sin importar cuándo el legitimado activo tomó conocimiento de los datos o le fue negado el acceso o

¹⁶⁶ Ley 25.326, artículo 33 (Procedencia). 1. La acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá.

a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;

b) en los casos en que se presume la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

corrección, porque el transcurso del tiempo no puede ser entendido como consentimiento de un tratamiento ilegal o ilegítimo.

Por lo demás, aún cuando quisiera igualmente sujetársela a plazos de caducidad, ello siempre sería relativo, pues cuando el dato es perjudicial ab initio, se trata, en todo caso, de una lesión continuada, y ese plazo nunca comienza a correr, e incluso en los casos en que el conocimiento público de un dato que inicialmente no es perjudicial, podría mucho tiempo después serlo, por ejemplo, por cuestiones coyunturales (por ejemplo el dato referido a la nacionalidad frente a atentados terroristas perpetrados por connacionales del registrado) o debido a otros factores, como los avances científicos (por ejemplo el descubrimiento que determinadas características antropomórficas serían predisponentes para la comisión de determinado tipo de delitos aberrantes).

La legislación peruana admite la caducidad de la acción de hábeas data, mientras que ni la ley brasileña, ni la uruguaya ni la argentina lo tratan expresamente, y en este último caso, su jurisprudencia no registra antecedentes de aplicación para el hábeas data del plazo de caducidad previsto para el amparo.¹⁶⁷

F. *Subsidiariedad*

La acción de hábeas data debe poder intentarse sin acudir a las vías previas cuando exista urgencia, pero cuando la vía previa no fue transitada injustificadamente, precisamente por la falta de urgencia (por ejemplo un dato contenido en un registro público se encuentra en etapa de construcción) ello debe incidir en el régimen de distribución de las costas del proceso. En este sentido, el artículo 62 del Código Procesal Constitucional peruano acertadamente —y en esto el legislador peruano innova respecto de la legislación comparada— se excusa al demandante del deber de formular el requerimiento previo y de agotar la vía administrativa que pudiera existir cuando acredite que cumplir con tal exigencia generaría el inminente peligro de sufrir un daño irreparable, en excepción que perfecciona la contenida, para el amparo, en el artículo 46 del mismo cuerpo normativo.

¹⁶⁷ Ley 16.986, artículo 2o. — La acción de amparo no será admisible cuando: ...e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

En la Ley brasileña este requisito previo está exigido por el artículo 8o. de la Ley 9507, en la ley uruguaya por los artículos 14 y 15, y en la Ley argentina por los artículos 14 y 16.¹⁶⁸

2. *Proceso de hábeas data*

A. *Tipo de proceso*

El de hábeas data debe ser un proceso autónomo, con características propias distintivas de los demás procesos, aunque con un perfil más próximo al hábeas corpus que al amparo. Ello por varias razones, entre las que cuentan su carácter gratuito, la similitud con los objetivos típicos del hábeas corpus, ya que es un proceso que tiene una primera fase que (aunque puede omitirse si ya se conocen los datos) implica la presentación de los datos ante el Tribunal, a través de un informe que adicionalmente puede tener características de informe-contestación, pero que no pierde aquella naturaleza. Esa presentación de los datos al tribunal a fin de controlar, al estilo del hábeas corpus, “la forma y condiciones de detención (almacenamiento y todas las formas de tratamiento)” de los datos contenidos en el sistema de información, no admite excepciones, aún cuando los datos comunicados deban ser accedidos sólo por el juez de la causa (por ejemplo cuando las leyes sobre defensa nacional impiden el acceso aún del propio interesado).

Desde luego, el proceso debe diferir de acuerdo con los bienes jurídicos que se pretenden proteger, en especial cuando estamos frente a regu-

¹⁶⁸ Ley 25.326, artículo 14. — (Derecho de acceso). ...2. El responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente.

Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe, éste se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en esta ley.

Ley 25.326, artículo 16. — (Derecho de rectificación, actualización o supresión). ...2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad.

3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley.

laciones que admiten el ejercicio de otros derechos diferentes del derecho a la protección de los datos personales (derecho de réplica, derecho de acceso a la información pública).

B. Competencia

Al fijarse la competencia judicial para entender en el trámite de la acción, debe tenerse presente las reglas de proximidad del afectado con el tribunal que entenderá en el hábeas data y de flexibilidad para el actor en la selección del lugar de demandabilidad.¹⁶⁹ También cabe atender al principio de especialización, pero ello siempre y cuando ello sea factible sin afectar a los dos primeros principios.

En este aspecto las regulaciones latinoamericanas del proceso de hábeas data presentan diferencias que son producto de las diferencias en los sistemas constitucionales y de control de constitucionalidad (países federales y unitarios, sistemas de control difusos y mixtos).

C. Demanda

Si bien no resulta imprescindible detallar los contenidos mínimos que debe exhibir una demanda de hábeas data, en la legislación argentina aparece una regulación detallada, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en el régimen peruano, lo que se debe fundamentalmente a que a diferencia de éste, el hábeas data argentino se refiere específica y únicamente a la tutela del derecho a la protección de los datos de carácter personal.¹⁷⁰

¹⁶⁹ En este sentido, en la Argentina, la competencia para el trámite de estas acciones corresponde predominantemente a la justicia federal, y en cuanto a la competencia *ratione loci*, mientras en el Perú entiende el juez del lugar donde: a) se afectó el derecho, b) tiene su domicilio el afectado, o c) se domicilia el autor de la infracción, en la Argentina se adjudica competencia al juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor.

Ley 25.326, artículo 36. — (Competencia). Será competente para entender en esta acción el juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor.

Procederá la competencia federal: a) cuando se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales, y b) cuando los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales.

¹⁷⁰ Ley 25.326, artículo 38. — (Requisitos de la demanda). 1. La demanda deberá interponerse por escrito, individualizando con la mayor precisión posible el nombre y do-

D. *Facultades judiciales de acceso a datos y sistemas de información*

Si bien puede considerarse una facultad implícita en las potestades jurisdiccionales, la de acceder a los datos y a los sistemas de información es reconocida tanto en la legislación peruana como en la argentina. Aquí lo que abunda no daña, en especial cuando se prevén excepciones al acceso a los datos motivados por cuestiones tales como la seguridad nacional, cuya indebida utilización podría causar graves perjuicios a los registrados en esos sistemas si no se reconociera la facultad de acceso mencionada.¹⁷¹

micilio del archivo, registro o banco de datos y, en su caso, el nombre del responsable o usuario del mismo.

En el caso de los archivos, registros o bancos públicos, se procurará establecer el organismo estatal del cual dependen.

2. El accionante deberá alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley.

3. El afectado podrá solicitar que mientras dure el procedimiento, el registro o banco de datos asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial.

4. El juez podrá disponer el bloqueo provisional del archivo en lo referente al dato personal motivo del juicio cuando sea manifiesto el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información de que se trate.

5. A los efectos de requerir información al archivo, registro o banco de datos involucrado, el criterio judicial de apreciación de las circunstancias requeridas en los puntos 1 y 2 debe ser amplio.

¹⁷¹ Ley 25.326, artículo 39. — (Trámite). 1. Admitida la acción el juez requerirá al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante. Podrá asimismo solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime precedente.

2. El plazo para contestar el informe no podrá ser mayor de cinco días hábiles, el que podrá ser ampliado prudencialmente por el juez.

Ley 25.326, artículo 40. — (Confidencialidad de la información). 1. Los registros, archivos o bancos de datos privados no podrán alegar la confidencialidad de la información que se les requiere salvo el caso en que se afecten las fuentes de información periódica.

2. Cuando un archivo, registro o banco de datos público se oponga a la remisión del informe solicitado con invocación de las excepciones al derecho de acceso, rectificación o supresión, autorizadas por la presente ley o por una ley específica; deberá accredi-

E. *Medidas cautelares*

El derecho a la protección de datos reclama un menú de medidas cautelares genéricas y específicas. En este sentido, la legislación argentina prevé dos medidas específicas para la acción de hábeas data: la anotación de controversia o litis y el bloqueo provisional del dato.¹⁷²

F. *Contestación*

Es sumamente relevante prever la naturaleza, el modo y el término para la contestación de la demanda —la que puede tener diversa naturaleza cuando existe, como veremos, la posibilidad de desdoblamiento del trámite—, y especialmente las consecuencias que derivan de su contestación o incontestación dentro del plazo estipulado.

Como la primera fase exhibe la máxima proximidad al hábeas corpus, en nuestra opinión, más allá de las discusiones que pudieran existir en torno a su verdadera naturaleza jurídica, debe considerarse un informe antes que una contestación de demanda, con sanciones específicas en caso de ocultamiento o falseamiento de la verdad. Ahora bien, una vez producido el informe y articulada la pretensión actoral de eliminación, rectificación, actualización, etcétera, la contestación de esa ampliación de la demanda debiera revestir el carácter de contestación de demanda, donde se revitalizan todas las posibilidades defensivas comunes al resto de los procesos contradictorios.

G. *Acumulación de pretensiones. Desdoblamiento del trámite*

La facultad actoral de acumular coetánea o sucesivamente las pretensiones de acceso a los datos y de operación sobre los mismos es sumar

tar los extremos que hacen aplicable la excepción legal. En tales casos, el juez podrá tomar conocimiento personal y directo de los datos solicitados asegurando el mantenimiento de su confidencialidad.

¹⁷² Ley 25.326, artículo 38.- (Requisitos de la demanda). ...3. El afectado podrá solicitar que mientras dure el procedimiento, el registro o banco de datos asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial.

4. El juez podrá disponer el bloqueo provisional del archivo en lo referente al dato personal motivo del juicio cuando sea manifiesto el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información de que se trate.

mente útil, pues responde a lo que ocurre en la mecánica cotidiana de los conflictos suscitados con relación al tratamiento de datos personales: muchas veces primero hay que acceder a los datos para poder pedir su corrección, pero en otras situaciones el dato ya se conoce y no hay motivos para esperar en la exigencia de corrección, eliminación, reserva, etcétera.

Esta facultad de ampliar la demanda luego de que la demandada informe acerca de los datos que posee se admite tanto en el ordenamiento peruano como en el argentino, sólo que en este último caso puede hacerse no sólo en un mismo acto (al demandar), sino también en una etapa posterior del proceso, una vez producido el informe, de manera que se dispone de un nuevo plazo para ampliar la demanda y ofrecer la prueba que fuera necesaria.¹⁷³ La ley del control constitucional del Ecuador establece este desdoblamiento.

Existen similitudes entre la primera fase del hábeas data propio y el hábeas data para acceder a información pública, y del mismo modo, la segunda fase de aquél se asemeja al ejercicio del derecho de réplica, especialmente en cuanto a una de sus caras: el derecho de rectificación (sin perjuicio que en otros, se identifica con su otra cara: derecho de respuesta).

H. *Contenido de la sentencia*

Es conveniente regular lo atinente al contenido de la sentencia, como ocurre en la legislación argentina y en la peruana. De todos modos, en el caso argentino ello se realiza de modo más específico,¹⁷⁴ aunque no se refiere a la represión de actos homogéneos posteriores a su dictado ni se di-

¹⁷³ Ley 25.326, artículo 42. — (Ampliación de la demanda). Contestado el informe, el actor podrá, en el término de tres días, ampliar el objeto de la demanda solicitando la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, en los casos que resulte procedente a tenor de la presente ley, ofreciendo en el mismo acto la prueba pertinente. De esta presentación se dará traslado al demandado por el término de tres días.

¹⁷⁴ Ley 25.326, artículo 43. — (Sentencia). 1. Vencido el plazo para la contestación del informe o contestado el mismo, y en el supuesto del artículo 42, luego de contestada la ampliación, y habiendo sido producida en su caso la prueba, el juez dictará sentencia.

2. En el caso de estimarse procedente la acción, se especificará si la información debe ser suprimida, rectificada, actualizada o declarada confidencial, estableciendo un plazo para su cumplimiento.

3. El rechazo de la acción no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

seña un régimen de publicación de las sentencias recaídas en estos procesos como lo hace la legislación peruana, sino que sólo se establece la obligación de comunicarla al órgano de control instituido por la Ley 25.326 (la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales).¹⁷⁵

I. *Efectos de la sentencia sobre la relación de fondo*

Un aspecto que no es para nada baladí es el atinente a los efectos de la sentencia que se dicta en un proceso de hábeas data con respecto a la relación jurídica que sirvió de base para la registración del dato.

Así, puede que un dato esté ilegal o ilegítimamente registrado y por ello deba modificarse o eliminarse (por ejemplo porque se violó el procedimiento de recolección o transmisión, o porque es un dato caduco en los términos de la ley de protección de datos) pero ello no necesariamente debe, en todos los casos, afectar la relación de fondo (la sentencia que dispone la eliminación de aquél dato de deudor, aún caduco para la ley de protección de datos no necesariamente elimina la deuda, que puede todavía ser exigible de acuerdo con las reglas obligacionales respectivas).

Del mismo modo, pero a la inversa, puede que una acción de hábeas data —bien o mal planteada— sea rechazada, pero ello no necesariamente debe incidir en la relación de fondo, la que en muchas situaciones deberá discutirse por otros cauces.

En este sentido, la ley argentina prevé que la sentencia desestimatoria no implicará presunción en contra del reclamante.¹⁷⁶

J. *Cosa juzgada*

La cuestión de los efectos de la cosa juzgada es un tema sumamente trascendente, en especial por cuanto muchas veces no se ha integrado —por olvido o por dificultad o imposibilidad material— a todas las personas (físicas y jurídicas) relacionadas con el dato que se impugna.

Al respecto, algunos autores (entre ellos, Peyrano) han propugnado la expansividad de la cosa juzgada a terceros no integrados a la litis, en

¹⁷⁵ Ley 25.326, artículo 43. — (Sentencia). ...4. En cualquier caso, la sentencia deberá ser comunicada al organismo de control, que deberá llevar un registro al efecto.

¹⁷⁶ Ley 25.326, artículo 43 (Sentencia). ...3. El rechazo de la acción no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

unas suerte de efecto *erga omnes* de la sentencia pero hay que tener cuidado con esas extensiones cuando pueden vulnerarse derechos constitucionales de quienes no participaron de éste. La cuestión puede tener solución cuando se demanda al contradictor legítimo, que por regla será quien asentó el dato cuestionado o lo transmitió a terceros ilegalmente.

Sin abordar este tema, en la legislación peruana se definen los alcances de la cosa juzgada, mientras que en la argentina nada se dice al respecto.

K. Reglas supletorias

Ya se expresó nuestra preferencia en remitir supletoriamente a las reglas del hábeas corpus. En la práctica, más allá de que las regulaciones específicas del proceso de hábeas data en algunos casos son bastante detalladas, como en el caso argentino, lamentablemente muchas otras no poco trascendentes se rigen por las reglas del amparo por cuanto los países que regularon el proceso de hábeas data coinciden en cuanto a la remisión a las reglas de aquél.¹⁷⁷

Nos referiremos ahora a algunos de los aspectos más importantes derivados de las reglas supletorias.

a. Inadmisibilidad. Rechazo liminar

Respecto de los supuestos de inadmisibilidad de la acción, mientras la legislación peruana lo formula de manera expresa y también específica para sus dos versiones de hábeas data, en la argentina se debe recurrir a las reglas supletorias del amparo individual,¹⁷⁸ varias de cuyas normas

¹⁷⁷ Ley 25.326, artículo 37 (Procedimiento aplicable). La acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo.

¹⁷⁸ Ley 16.986, artículo 2o. — La acción de amparo no será admisible cuando:

a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate;

b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley núm. 16.970;

c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado;

han sido derogadas por superación normativa por la reforma constitucional de 1994.

La posibilidad de rechazar la acción *in limine* se reconoce en ambas legislaciones, pero en la legislación argentina se infiere del artículo 39 de la Ley 25.326, por lo que debe complementarse con la legislación supletoria.¹⁷⁹

b. Excepciones y defensas previas

La posibilidad de deducir excepciones y defensas previas no dilatorias debe admitirse, aunque siempre de manera restrictiva cuando se trata del ejercicio exclusivo del derecho de acceso. Lo relativo a las excepciones y defensas previas se regula en la legislación peruana, pero en el caso argentino se encuentra preponderantemente en la legislación supletoria, aunque alguna de ella puede inferirse de su articulado en relación con las excepciones al derecho de acceso.¹⁸⁰

d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas;

e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

¹⁷⁹ Ley 25.326, artículo 39 (Trámite). 1. Admitida la acción el juez requerirá al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante...

Ley 16.986, artículo 3o. — Si la acción fuese manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones.

¹⁸⁰ Ley 16.986, artículo 16. — Es improcedente la recusación sin causa y no podrán articularse cuestiones de competencia, excepciones previas, ni incidentes.

Ley 25.326, artículo 17 (Excepciones). 1. Los responsables o usuarios de bancos de datos públicos pueden, mediante decisión fundada, denegar el acceso, rectificación o la supresión en función de la protección de la defensa de la nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros.

2. La información sobre datos personales también puede ser denegada por los responsables o usuarios de bancos de datos públicos, cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. La resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al afectado.

3. Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, se deberá brindar acceso a los registros en cuestión en la oportunidad en que el afectado tenga que ejercer su derecho de defensa.

c. Acumulación de procesos

La posibilidad de acumulación de los procesos no está ordinariamente prevista pero no debe dejar de considerarse, pues si bien es más difícil que se de en el caso de ejercicios individuales del hábeas data propio (aunque bien podría darse cuando se tratare del ejercicio de la acción por más de un sucesor universal de una persona fallecida), es bien factible en los casos de hábeas datas colectivos o en el hábeas data impropio, en su versión para acceder a información pública. Precisamente en este último sentido la acumulación subjetiva de oficio se permite expresamente en la legislación peruana.

d. Intervención de terceros. Litisconsorcio

Más allá de que puede provocar alguna dilación —salvable en muchos casos por vía de las medidas cautelares—, es sumamente conveniente admitir la participación de terceros en el proceso, en especial por cuanto la sentencia que declara que determinado tratamiento es ilegal o ilegítimo debe poder ser ejecutada contra cualquiera que hubiera participado en el tratamiento impugnado, muchas veces varios de una larga cadena de transmisores de los datos. Así, por ejemplo un demandado puede citar a la persona o entidad de quien lícitamente recibió el dato a fin de que formule las defensas que correspondan, o bien el propio actor puede solicitar dicha intervención a partir de informaciones que brinde el demandado ante el ejercicio del derecho de acceso. En tal caso, la intervención del tercero puede efectuarse en la segunda fase del proceso, una vez que la entidad demandada informe sobre los datos que posee, su origen, modo de tratamiento y finalidad del registro.

La legislación peruana trae reglas específicas relativas al litisconsorcio que no se observan ni en la ley de protección de datos argentina ni en la de amparo de manera expresa, pero surge de la aplicación de la legislación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

e. Notificaciones

Salvo por la mayor prontitud que pudiera requerirse en el sistema de notificaciones, *prima facie* no aparece justificativo alguno para prever un

régimen de notificaciones diferenciado del resto de los procesos. Sin embargo, la Ley peruana lo prevé de manera expresa, y en el caso argentino no se encuentra ni en la Ley de Protección de Datos ni en la Ley de Amparo, por lo que se debe recurrir al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

f. Prueba

Lo atinente a la prueba en principio no debe diferir de los otros procesos, aunque por su mayor proximidad con el hábeas corpus, nos parece que debe dársele las mayores facultades al juez como director del proceso para instruir las pruebas que pudieran haber sido omitidas pero que resulten necesarias para la solución justa del caso, y, asimismo, no debiera establecerse restricciones a los múltiples medios posibles, salvo que tuvieran como exclusiva finalidad el alongamiento innecesario del proceso. Esto debe conectarse con la necesaria amplitud en materia de concesión y aplicación inmediata de las medidas cautelares y eventualmente con la posibilidad de dictar sentencias anticipatorias.

El trámite probatorio es diferente en las legislaciones peruana y argentina, destacándose que, en el caso de esta última, no se prevé la apertura de la causa a prueba.¹⁸¹

g. Reconvención

La posibilidad del demandado de reconvenir ante una demanda no necesariamente debe ser idealmente desechada, pues si se admite la articulación de hábeas datas no ya exclusivamente a los registrados, sino entre registradores (por ejemplo respecto de datos indebidamente registrados por uno, en violación de un contrato que lo unía con el otro, y en prevención de este último, por ejemplo de los daños que pudieran serle reclamados por la persona ilegalmente registrada, con fundamento en lo previsto expresamente en este sentido por el artículo 11, apartado 4, de la Ley ar-

¹⁸¹ Ley 25.326, artículo 43 (Sentencia). 1. Vencido el plazo para la contestación del informe o contestado el mismo, y en el supuesto del artículo 42, luego de contestada la ampliación, y habiendo sido producida en su caso la prueba, el juez dictará sentencia.

gentina.)¹⁸² Sin embargo, en el esquema actual aparece como una mera hipótesis de biblioteca para el caso del ejercicio del hábeas data propio, aunque no lo es, en los supuestos de hábeas data impropio (por tal motivo, la prohibición de reconvencción y la temática del abandono del proceso se tratan solamente de manera expresa en la legislación peruana).

h. Costas y costos

La temática de las costas es sumamente importante y se conecta con la naturaleza misma de la acción, a punto tal que la Constitución brasileña destaca la gratuidad para el impetrante (igual que lo hace con el hábeas corpus), y la legislación peruana establece el beneficio de gratuidad para el demandante. La ley argentina nada dice, salvo para el ejercicio de los derechos fuera del proceso,¹⁸³ pero se aplican supletoriamente las reglas del amparo¹⁸⁴ y del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que cargan aplican como criterio general el principio objetivo de la derrota.

i. Recursos

Los aspectos recursivos también son sumamente importantes, en especial en lo atinente a los efectos de la interposición de los mismos frente a resoluciones favorables al actor en materia de medidas cautelares, donde debe primar el principio de efectivización de la cautelar antes que supeditar su aplicación a la firmeza de la resolución que la acoja.

En este aspecto, mientras en la legislación peruana esta temática se regula de manera exhaustiva, en el caso argentino el régimen recursivo durante la primera instancia del proceso, así como los atinentes a todos los trámites posteriores a la sentencia no están contemplados expresamente y

¹⁸² Ley 25.326, artículo 11 (Cesión). ...4. El cesionario quedará sujeto a las mismas obligaciones legales y reglamentarias del cedente y éste responderá solidaria y conjuntamente por la observancia de las mismas ante el organismo de control y el titular de los datos de que se trate.

¹⁸³ Ley 25.326, artículo 14 (Derecho de acceso). ...3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto.

¹⁸⁴ Ley 16.986, artículo 14. — Las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo.

deben extraerse de la reiteradamente declarada inconstitucional Ley de Amparo¹⁸⁵ y de la restante legislación supletoria.

V. CONCLUSIONES

El derecho, la acción y el proceso de hábeas data, en las legislaciones latinoamericanas que los han abordado total o parcialmente, exhiben diferencias de matices que en no pocos casos son importantes, y ello incide negativamente en las potencialidades del instituto. Incluso, algunas cuestiones no menores han quedado soslayadas en las diversas reglamentaciones procesales, tal como lo destaca la doctrina especializada.¹⁸⁶

Pese a los esfuerzos de los operadores jurídicos, el hábeas data a veces es regulado de manera que parece no haber sido captado en su esencia, y ello tal vez ocurra en parte por su reciente aparición en el mundo jurídico y en parte por la resistencia de ciertos operadores políticos y económicos que lo ven como una figura amenazante de sus intereses.

¹⁸⁵ Ley 16.986, artículo 15. — Sólo serán apelables la sentencia definitiva, la s resoluciones previstas en el artículo 3o. y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas. En este último caso se elevará el expediente al respectivo Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedido.

En caso de que fuera denegado, entenderá dicho Tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 horas de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro del tercer día.

¹⁸⁶ Así, por ejemplo, para el caso peruano, Espinosa Saldaña evalúa que las reglas previstas en el nuevo ordenamiento exhiben, con relación al hábeas data, varias imprecisiones que debieron ser evitadas (por ejemplo los plazos previstos para las incidencias dentro del proceso, el inapropiado elenco cautelar). Véase al respecto a Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del administrado*, Palestra, Serie Derechos y Garantías, núm. 13, 2004, pp. 64-68, y “El hábeas data en el derecho comparado y el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país”, en Castañeda Otsu, Susana (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Grupo editorial Kipus, 2004, pp. 373-422. En nuestra opinión, tal vez los dos defectos más salientes de la legislación peruana radican, por un lado, en las inaceptables restricciones cautelares (en concreto, lo relativo al diferente efecto con el que se conceden las apelaciones, no previsto en el proyecto original) y, por el otro, en la falta de diversificación de la figura en atención a las sustanciales diferencias que exhiben los dos objetivos constitucionales, lo que ameritaba la adopción de regulaciones diferenciales para cada uno de los dos tipos principales de hábeas data que reconoce la Constitución y el Código (hábeas data propio y hábeas data impropio).

Las diferencias en las regulaciones muchas veces pueden llevar, desde lo literal, a amputaciones innecesarias del instituto, el que debe ser regulado —constitucional y legalmente hablando— de una manera simple y abierta, de forma tal que permita la adecuación a las más variadas posibilidades. Cabe recordar, al regular, que un diseño breve otorga más margen al legislador y también al juzgador para adaptar el instituto al caso concreto y convertirlo en un instrumento ágil y útil, aunque también es cierto que la brevedad muchas veces deja lugar para las arbitrariedades y para restricciones ilegítimas.

En este sentido, ha explicado sabiamente Vanossi:

el secreto del hábeas data está, precisamente, en su sencillez. Si al hábeas data se lo convierte en un mecanismo complejo demasiado sofisticado y demasiado articulado, no va a ser captado y entendido por los propios interesados, es decir, por los ciudadanos o por los habitantes que van a encontrar dificultades en el acceso al mismo para poderlo esgrimir y utilizar como herramienta protectora. Tiene que ser algo muy simple, muy sencillo, muy informal (quizás ésta sea la palabra que más cuadra a la descripción de la situación), para que cualquiera que se pueda sentir afectado por informaciones monopólicas que lo afectan o lo perjudican en su *status*, pueda entonces remover ese obstáculo...¹⁸⁷

En definitiva, el despliegue que se le dé a la figura depende de la cultura jurídica que cada sociedad ostente y de la conciencia que, acerca de la necesidad de fortalecimiento de los derechos humanos, impere, conciencia que debe ser fortalecida y desarrollada adecuadamente.

Es de esperar que en el futuro no se produzcan retaceos innecesarios, y que el hábeas data rija en todo su esplendor y consecuentemente sea útil para quienes en definitiva se pergeñó, constituyendo así un instrumento útil para la vigencia de los derechos humanos.

Mejorar las regulaciones existentes y trabajar en pos de la recepción del instituto en los países latinoamericanos que todavía no lo han recibido, o que aún habiéndolo consagrado, todavía no lo han reglamentado es un reto que debemos asumir.

¹⁸⁷ Vanossi, Jorge R., *El hábeas data no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa*, "E.D.", 159-948.