

El silencio del badajo: las redes sociales, el marco civil y el *habeas data* como instituto de protección de la vida privada frente a los avances tecnológicos

The silence of clapper: social networks, civil marck and habeas data as an instrument of protection of privacy forward to technological advances

Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro ¹

Resumen

El presente estudio tiene por objetivo exponer sucintamente el ambiente en el que el *habeas data* fue pensado y colocado en el ordenamiento constitucional vigente en Brasil y la falla del legislador infraconstitucional, con la promulgación del marco civil del internet al establecer el *habeas data* como la tutela jurisdiccional de la vida privada en cualquier ámbito donde hubiera la manipulación de datos personales de la persona, en especial, en internet.

Palabras-Clave: intimidad, *habeas data*, información, red social, constitución, protección, privacidad y almacenamiento.

¹ Doutorando e mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestrando direito processual na Universidad Nacional de Rosario (UNR – Argentina). Especialista em direito Civil, Direito Contratual Empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Professor substituto da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor da Faculdade Santa Rita de Cassia. Professor Convidado da Corporación Universitaria Remington – Medellin Colombia. Professor Convidado no curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Professor Assistente na graduação do Curso de Direito da PUCSP. Professor Convidado no curso de Pós Graduação da Escola Superior da Procuradoria Geral da União e da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro do CEAPRO e do Centro Latinoamericano de Investigaciones de DerechoProcesal - CLIDEPRO. Advogado em São Paulo. E-mail: sergio@almeidaribeiro.adv.br

Abstract

This study aims to briefly expose the environment in which the habeas data was thought and added in the actual Brazilian constitutional order and the fault of the ordinary legislator, with the internet regulation law, in establishing habeas data as the legal protection of private life in any scope in which there is the manipulation of personal data, specially, on the internet.

Keywords: privacy; habeas data; information; social network; constitution; protection, privacy and storage.

Resumo

O presente estudo tem por objetivo expor sucintamente o ambiente no qual habeas data foi pensado e colocado no ordenamento constitucional vigente no Brasil e a falha do legislador infraconstitucional, com a promulgação do marco civil da internet, ao estabelecer o habeas data como a tutela jurisdicional da vida privada em qualquer âmbito onde haja a manipulação de dados privados da pessoa, em especial, na internet.

Palavras-Chave: Intimidade, habeas data, informação, rede social, constituição, proteção, privacidade e armazenamento.

Introducción

José Carlos Barbosa Moreira, a comienzos de la década del noventa, en un trabajo publicado en el periódico de Brasil, el 11 de septiembre de aquel año, se refirió al mandato de injunción como la “campana sin badajo”², como una forma de crítica a la ausencia de una norma reguladora del remedio constitucional supra.

El *habeas data*, de manera distinta al mandato de injunción, no es una “campana sin badajo”, pues en 1997 el legislador infraconstitucional promulgó la Ley 9.507/97 que reglamentó el procedimiento del *writ* constitucional en cuestión y, por lo tanto, posibilitó los medios para que la campana fuese accionada por aquellos que necesitasen de tal instituto.

Craso error, dado que hubiera sido mejor que esa ley no se hubiese publicada y, parafraseando al jurista fluminense, la ley del *habeas data* en realidad, sirvió para silenciar el badajo de la campana, por su anacronismo y por no diferenciarlo del mandato de seguridad³ y la inconstitucionalidad⁴ de la

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. SOS Mandado de injunção. En: *Jornal do Brasil 11 de setembro de 1990*, p. 09. Disponible en http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=030015_11&PagFis=16277 consultado el 13.06.2014

³ En la disertación de la maestría defendida y aprobada en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, tuvimos la oportunidad de demostrar que al contrario del parecer SR 71 de la Abogacía General de la Unión, el *habeas data* no es el mandato de seguridad nominado, por ser aquel una garantía constitucional orientada a la protección de la vida íntima de las personas, mientras que el mandato de seguridad constituye una protección genérica del derecho líquido y cierto contra los desmanes del Estado. También, los polos activos de los institutos referidos son distintos. Sobre ello ver: Ribeiro, Sérgio Luiz de Almeida. *Habeas Data. Tutela Jurisdiccional da Privacidade, Aspectos Processuais*. Disertación para la Maestría en Derecho por la Pontificia Universidad Católica. São Paulo: Octubre de 2013. Sobre *habeas data* como instituto de protección de la privacidad ver también: SILVA, José Afonso. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, pp.121-127.

⁴ Sobre ello se afirmó que “Esa exigencia infraconstitucional del artículo 8º, párrafo único, de la Ley de *Habeas Data* es incompatible con el principio de inapartabilidad del control jurisdiccional, gravado en el artículo 5º, inciso XXXV, de la Carta Magna y, además, diverge del inciso LXXII del referido dispositivo constitucional dado que inviabiliza el uso del *habeas data* como una acción preventiva/inhibidora contra daños a la privacidad del individuo que esté en la inminencia de soportar la manipulación indebida de sus datos por los órganos catastrales. Esa providencia es similar al *habeas corpus* en la protección de la libertad y al mandato de seguridad en la tutela de derecho líquido y cierto (...) Como ya fue mencionado, el artículo 5º, inciso LXXII, de la Constitución Federal no condiciona la acción de *habeas data* al agotamiento de la vía jurisdiccional, tampoco prohíbe que la demostración del daño transite por una vía distinta a la administrativa (...) Al respecto, las únicas posibilidades en las que se exige el agotamiento de la vía administrativa para caracterizar al interés de actuar y el consecuente accionamiento de la tutela jurisdiccional del Estado-juez están previstas en la Justicia del Trabajo, en lo que se refiere a los *dissídios coletivos*”, en los que es indispensable el

exigencia del agotamiento de la vía administrativa conforme establece el artículo 8º, párrafo único, incisos I a III de la Ley 9.507/97⁵.

La inexpressividad práctica del *habeas data* deriva principalmente de su ley específica, así como, por ser un instituto nuevo que no despertó estudios más profundos sobre su real función como garantía constitucional, en la doctrina.

Desde la promulgación de la Constitución Federal, el *habeas data* nunca despertó el interés que debería tener, por más relevante que sea el derecho protegido por él. En suma, él es una garantía fundamental que no se restringe a la proclamación de la protección de la privacidad de las personas, sino sirve también, como medio judicial específico para alejar la amenaza o daños en la vida íntima derivados de la recolección, almacenamiento, transmisión de datos sobre el sujeto, por agentes públicos o privados, conforme explicó José Afonso da Silva:

“Una cosa es el *habeas scriptum* constitucional, es decir, la previsión constitucional del derecho de acceso a los datos y de su rectificación. Otra es la preordinación constitucional de un remedio (garantía jurisdiccional) específico puesto a la disposición del legítimo

término de la fase de negociación, y en el ámbito deportivo, cuyos conflictos en primer lugar deben someterse a la Justicia Deportiva y sólo después la materia será encaminada al Poder Judicial, conforme está dispuesto en los artículos 114, párrafo 2º, y 217, párrafo 1º, de la Constitución Federal” (Ribeiro, Sérgio Luiz de Almeida. *Habeas Data Tutela Jurisdiccional da Privacidade, Aspectos Processuais*. Disertación de la Maestría en Derecho por la Pontificia Universidad Católica. São Paulo: Octubre de 2013, pp.107-108). Ver también: Nery Junior, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista de los Tribunales, 2010, p. 187. Pero hay algunos autores que, sin ingresar al ámbito de la constitucionalidad o no del artículo 8º, párrafo único e incisos, de la Ley de *habeas data*, entienden que es necesario el agotamiento de la vía administrativa para caracterizar el interés de actuar en *habeas data*, como Moreira, José Carlos Barbosa. *O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora*. En: Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Habeas data*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 124-148; Piovisan, Flavia. *O habeas data e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/97*. En: Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Habeas data*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 95-107.

*Nota del Traductor (NT): Los *Dissídios coletivos* son acciones propuestas ante la Justicia del Trabajo por personas jurídicas (Sindicatos, Federaciones o Confederaciones de trabajadores o de empleadores) para solucionar cuestiones que no pudieron ser solucionadas en la negociación directa entre trabajadores y empleadores.

⁵ “Art. 8º La petición inicial, que deberá cumplir los requisitos de los arts. 282 a 285 del Código Procesal Civil, será presentada en dos vías y los documentos que instruyeran la primera serán reproducidos por copia en la segunda. Párrafo único. La petición inicial deberá ser instruida con prueba: I. El rechazo al acceso de las informaciones o el transcurso de más de diez días sin decisión; II.

El rechazo para realizarse la rectificación o el transcurso de más de quince días, sin decisión; o III. El rechazo para realizarse la anotación a la que se refiere el § 2º del art. 4º o del transcurso de más de quince días sin decisión”.

interesado para exigir en la vía judicial el cumplimiento del derecho reconocido”⁶.

Por lo tanto, el objetivo de este trabajo es demostrar que el *habeas data*, de manera contraria a lo que las personas imaginan, no fue concebido exclusivamente como respuesta al régimen político vigente en la fase que precedió a la Constitución Federal de 1988, sino más bien, como un instrumento judicial capaz de salvaguardar la vida íntima de las personas, en contra de los desarrollos tecnológicos que estaban por venir y que hoy es una realidad destacada en la vida de las personas, pero que desgraciadamente, el legislador infraconstitucional al elaborar el marco civil del internet (Ley n° 12.965, de 23 de abril de 2014) no contempló el *habeas data* como una acción específica y diferenciada para la protección de los datos personales en la red mundial, contribuyendo, una vez más, a silenciar la campana que clama por sonar.

Se buscará demostrar que el *habeas data* debe sonar fuertemente como una tutela jurisdiccional de la vida privada, mediante la demostración de que su aspecto histórico, concepto, finalidad y clasificación se orientan hacia la tutela de la vida privada de las personas y no solamente como un pedido de información y rectificación ante los órganos públicos y/o privados que almacenan datos personales.

1. RÉGIMEN DICTATORIAL Y LA NECESIDAD DE REPRIMIR ABUSOS CAUSADOS POR LA RECOLECCIÓN DE DATOS POR LOS AGENTES PÚBLICOS

El presente trabajo no busca abordar profundamente el aspecto histórico que dio origen al *habeas data*. Únicamente, busca situar el enfoque vanguardista del legislador constitucional y la distorsión que se tuvo del *habeas data* frente al escenario político que precedió a la promulgación de la Constitución Federal de 1988.

En Brasil, durante el periodo del régimen de excepción⁷, eran constantes las persecuciones políticas a ciertas personas como resultado de la

⁶ Silva, José Afonso. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 55.

recolección de datos realizado por el Servicio Nacional de Información (SNI) y otros órganos públicos, acerca de la vida privada de los perseguidos, informaciones que, frecuentemente, servían de fundamento para privaciones de libertad, restricciones de derechos, etc.

Dalmo de Abreu Dallari, sobre el tema, dijo lo siguiente:

Hoy se sabe a ciencia cierta, que muchos presos políticos fueron asesinados en las prisiones, por torturadores militares y civiles. En la época en la que fueron asesinados, las autoridades distribuyeron notas a la Prensa, informando que se trataba de seguridad o incluso de un enfrentamiento entre grupos subversivos rivales. En casi la totalidad de los casos, las víctimas de la represión eran presentadas como terroristas y asesinos impiedosos, afirmándose que en los archivos de los organismos de seguridad habían pruebas de las circunstancias de la muerte y de que el difunto era, realmente, un criminal feroz⁸.

Otro aspecto que debemos resaltar, hace referencia al hecho de que no siempre esas recolecciones de informaciones eran realizadas a través de medios legales, tampoco se respetaba la privacidad del individuo, lo que generaba una ofensa a su intimidad, dado que no se preservaban las informaciones personales que no eran del interés público.

En el ordenamiento que se encontraba vigente, en el periodo de la dictadura militar, no había un instituto específico que tutelara la recolección, la circulación y la manipulación de datos de las personas físicas que realizaba el Poder Público, aunque la intervención jurisdiccional del Estado se hiciera presente para contener sus desmanes en la realización de estas tareas.

En Brasil, en el Periodo Colonial y en la Vieja República, el *habeas corpus* actuó como una garantía de las libertades individuales de manera más

⁷ Luis Roberto Barroso narra que “una de las distorsiones más agudas del periodo militar-autoritario en Brasil, como ya fue señalado, fue el uso y, principalmente, el abuso en la utilización de informaciones que diferentes organismos almacenaban sobre personas. En ese sentido, la idea de un servicio de inteligencia, orientado, en exceso, para la seguridad del Estado no dio los resultados esperados. Envolviéndose en la política ordinaria, los órganos de seguridad bucearon en un terreno pantanoso de persecuciones a adversarios, operando frecuentemente en las fronteras de la marginalidad. La denominada comunidad de informaciones pasó a constituir un poder paralelo y agresivo, que, en ocasiones, se superponía al poder político institucional, valiéndose de medios ilícitos para fines condenables”. [A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas. Apud Wambier, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 211].

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. O *habeas data* no sistema jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 97, 2002, p. 240.

amplia, sin restringirse a aquella que deriva de la prisión injusta, según las enseñanzas de Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto:

El *habeas corpus* pasó ser regulado por la Constitución. No se refería a la Constitución Imperial de 1824. [...] En 1891, pasó a ser regulado por la Constitución. No se refería, el texto del dispositivo que lo preveía, a la específica finalidad de tutelar la libertad de tránsito. Era más genérico, dado que la contenía. Junto con los remedios posesorios, aseguraba la protección de los derechos individuales. [...] Por ello, había la teoría que extendía el *habeas corpus* a estos derechos y, también, la teoría de la 'posesión de los derechos personales', según la cual se concebían los derechos del particular contra el Estado como pasibles de protección posesoria⁹.

Posteriormente, el mandato de seguridad pasó a ser la modalidad civil del *habeas corpus*, destinado a contener todos los desmanes del Poder Público que no estuvieran relacionados a la privación de la libertad del individuo. Por lo tanto, la vida íntima que posiblemente fuera objeto de actuación ilícita de la Administración Pública también podría ser tutelada por la vía del mandato de seguridad, vale decir, no había un instrumento judicial específico para tutelar la vida íntima, tal como hace el *habeas corpus* en la defensa de la libertad de locomoción.

Tereza Cristina Baracho Thiabau considera que:

[...] el abuso ocurrido durante la dictadura militar, iniciada en 1964, por los servicios de información del gobierno, que mantenían sigilosamente inmensos archivos sobre miles de personas, para fines meramente políticos, ha sido una de las causas que también motivaron la creación del *habeas data* [...] La creación del *habeas data* constituye un punto de partida para la moralización de la política nacional. Es una forma de fortalecer la publicidad de los actos administrativos y una forma objetiva de colaborar para hacer del País una democracia¹⁰.

Conforme veremos a continuación, se puede afirmar que el régimen político que precedió a la promulgación de la Constitución Federal sirvió de fundamento para la introducción del *habeas data* en el texto constitucional como un medio judicial que proclamara y sirviera de instrumento para contener la actuación arbitraria del Poder Público en base a las informaciones

⁹ PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 16.

¹⁰ THIABAU, Tereza Cristina S. Baracho. *O habeas data*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 80.

recolectadas por él. Sin embargo, conforme veremos en los tópicos siguientes, es posible observar que el legislador constituyente tenía un enfoque de vanguardia acerca del *habeas data*, dado que, el instituto tratado no fue pensado contra un eventual regreso del periodo de excepción, sino, contra los desarrollos tecnológicos que estaban por venir.

1.1. COMISIÓN AFONSO ARINOS Y *HABEAS DATA*

En 1985, José Afonso da Silva –miembro de la Comisión Afonso Arinos – incorporó al Anteproyecto de la Constitución Federal el *habeas data*, eligiéndolo como instrumento jurisdiccional específico de protección de la privacidad del sujeto en relación a las informaciones que serían objeto de manipulación por el Estado.

En el Anteproyecto que precedió a la Constitución Federal de 1988, el reconocimiento de la necesidad de protección estatal de la vida íntima estaba previsto en el artículo 17 del proyecto Afonso Arinos¹¹. Por su parte, el medio judicial específico de protección de la intimidad estaba regulado en el artículo 31.

Veamos la dicción de los dispositivos citados:

Art. 17 - Derecho de acceso a los registros informáticos.

1. Toda persona tiene derecho de acceder a los informes que se refieran a ella, registrados por entidades públicas o particulares, pudiendo exigir la rectificación de datos y su actualización.

2. Está prohibido el acceso de terceros a ese registro.

3. Los informes no podrán ser utilizados para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se tratara del procesamiento de datos estadísticos no identificables individualmente.

4. La Ley Federal definirá quien puede mantener los registros informáticos, los respectivos fines y contenido;

Art. 31 – Se concederá *habeas data* para proteger el derecho a la intimidad contra abusos de registros informáticos públicos y privados.

La intención de José Afonso da Silva¹² era separar en dispositivos autónomos: (i) el reconocimiento del derecho a la protección de la vida íntima de las personas frente a la recolección y manipulación de esos datos por

¹¹ Afonso da Silva, José. Op. Cit., p. 55-57.

¹² Afonso da Silva, José. Op. Cit., p. 57.

entidades gubernamentales o del sector privado, y (ii) la acción específica para la protección de este derecho.

Sin embargo, en el texto final aprobado por el legislador constituyente, el reconocimiento del derecho a la intimidad y el instrumento específico para garantizarla quedaron agrupados en un solo dispositivo:

De allí seguirían derecho y remedio, previstos en dispositivos separados, hasta que, a partir de cierto instante, comenzaron a aparecer en un único dispositivo, con una redacción inadecuada. En ella, el derecho es reconocido como objeto del remedio, tal como sucedió con el derecho de libre tránsito en las Constituciones anteriores, en las que no había un dispositivo autónomo que reconociera el derecho de libre tránsito, el cual sólo era identificado como objeto de protección del *habeas corpus*¹³.

Debemos destacar que en la Comisión Afonso Arinos, el texto originario sobre el *habeas data* no fue acogido, y tampoco fue remitido a la Asamblea Nacional Constituyente¹⁴. Posteriormente, retornó por iniciativa del Senador Mario Covas, acogiendo la sugerencia de José Afonso da Silva, mentor del referido instituto.

Después de diversos debates entre comisiones y subcomisiones de la Asamblea Constituyente, el *habeas data* fue introducido en la Carta de la República, con 403 votos a favor, tres abstenciones y ningún voto en contra.

1.2. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988 Y EL *HABEAS DATA*

La Constitución Federal, en su artículo 5º, inciso LXXII, reguló de manera específica el *habeas data* de la siguiente forma:

Se concederá *habeas data*:

- a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que constan en registros o en banco de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;
- b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo, por proceso sigiloso, judicial o administrativo.

¹³ Afonso da Silva, José. Loc. Cit.

¹⁴ Matta, José Eduardo Nobre. *Habeas data*, p. 121.

De la lectura del mandato legal citado anteriormente, se extrae que el *habeas data* no se restringe solamente a reconocer el derecho del individuo a ser informado de la actuación del Poder Público porque este derecho, de carácter general, ya es tutelado por el artículo 5º, inciso XXXIII, del ordenamiento constitucional vigente, que así dispone:

Art. 5º. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna 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 términos siguientes: [...]

XXXIII. Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de interés particular, o de interés colectivo o general, que serán prestadas en el plazo de ley, bajo responsabilidad, con excepción de aquellas cuyo sigilo es imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado; [...]¹⁵.

Conforme se observa, la regulación del inciso XXXIII comprende informaciones generales referidas a las actividades del órgano gubernamental, es decir, el dispositivo asegura sólo el derecho del interesado a ser informado.

En cambio, la garantía constitucional del *habeas data* asegura formal y materialmente diversos derechos en sede de privacidad del individuo: (i) derecho de proteger la vida privada mediante el conocimiento de informaciones personales; (ii) derecho de actualizar los datos personales a partir del surgimiento de nuevos hechos; y (iii), principalmente, derecho de rectificar las informaciones que no correspondan con la verdad.

Pues bien, el *habeas data*, medida constitucional procesal, tutela la vida privada del sujeto mediante el suministro de informaciones sobre su persona, recolectadas por el ente estatal y por entidades privadas de carácter público; también actúa para corregir eventuales equívocos en el tratamiento de las informaciones personales recolectadas, conforme veremos más adelante.

Entonces, el *habeas data* tenía una aplicación inmediata, dado que se trataba de un derecho fundamental, de conformidad con el artículo 5º, párrafo 1º, de la Constitución Federal. Y, antes de ser reglamentado por ley ordinaria federal, el artículo 24, párrafo único, de la Ley nº 8.038/1990, dispuso

¹⁵ BRASIL. Constituição Da República Federativa, de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

que fueran aplicadas las reglas procedimentales del mandato de seguridad, conforme se deduce de la transcripción del referido dispositivo legal:

Art. 24. En la acción rescisoria, en los conflictos de competencia, de jurisdicción y de atribuciones, en la revisión criminal y en el mandato de seguridad, se aplicará la legislación procesal en vigencia.
Párrafo único. En el mandato de injunción y en el *habeas data*, serán observadas, en lo que corresponda, las normas del mandato de seguridad, mientras no exista legislación específica¹⁶.

Después de la promulgación de la Constitución Federal y antes de la promulgación de la Ley nº 9.507/1997, el legislador infraconstitucional, en el proyecto del Código de Defensa del Consumidor (CDC), quiso introducir el *habeas data* (artículo 86¹⁷) como protección procesal de aquellas previsiones contenidas en el artículo 43¹⁸ del texto de defensa del consumidor.

Por ello, se puede afirmar que la actual Constitución Federal es la raíz histórica del *habeas data* en el ordenamiento nacional, un instrumento jurisdiccional amplio que tutela la libertad individual relacionada a la privacidad de la persona. El objetivo precipuo es inmunizar preventiva o represivamente la vida privada del individuo, en la hipótesis de sufrir alguna amenaza o daño como consecuencia de la manipulación de sus datos por entidades gubernamentales o por empresas privadas de carácter público.

¹⁶ BRASIL. Lei Nº 8.038, De 28 de Maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

¹⁷ “Art. 86. El *habeas data* se aplica a la tutela de los derechos e intereses de los consumidores”.

¹⁸ “Art. 43. El consumidor, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 86, tendrá acceso a las informaciones existentes en registros, fichas, registros y datos personales y de consumo archivados sobre él, así como sobre sus respectivas fuentes.

§ 1º Los registros y datos de consumidores deben ser objetivos, claros, verdaderos y en lenguaje de fácil comprensión, no pudiendo contener informaciones negativas referentes a periodo superior de 5 (cinco) años.

§2º La apertura de registro, ficha, registro y datos personales y de consumo deberá ser comunicada por escrito al consumidor, cuando no sea solicitada por él.

§ 3º El consumidor siempre que encontrara alguna inexactitud en sus datos y registros, podrá exigir su inmediata corrección, debiendo el archivista, en el plazo de 5 (cinco) días útiles, comunicar la alteración a los eventuales destinatarios de las informaciones incorrectas.

§ 4º Los bancos de datos y registros relativos a consumidores, los servicios de protección al crédito y congéneres son considerados entidades de carácter público.

§ 5º Consumada la prescripción relativa al cobro de débito del consumidor, no serán suministradas, por los respectivos Sistemas de Protección al Crédito, ninguna información que puedan impedir o dificultar un nuevo acceso al crédito junto a los proveedores”. Confiérase, también, la obra de Marques, Claudia Lima; Benjamin, Antônio Herman; Miragem, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

Como puede apreciarse, el espíritu del legislador constitucional fue reconocer y asegurar que el individuo tenga condiciones de conocer, actualizar, promover rectificaciones y observaciones sobre informaciones acerca de su persona, que constasen en los bancos de datos gubernamentales o privados de naturaleza pública.

En suma, el instituto del *habeas data* surgió de la necesidad de prohibir conductas arbitrarias del Poder Público en lo que se refiere a la manipulación de datos de individuos, una consecuencia del Estado de Democrático de Derecho que fundamenta todo el orden constitucional brasileño vigente.

Tal vez, la reunión, en un mismo dispositivo constitucional, del reconocimiento formal del derecho de protección a la intimidad con la acción específica para este fin, haya generado equívocos en la identificación de la fuente material del *habeas data*.

1.3. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA *HABEAS DATA*

La palabra *habeas* proviene del latín. Constituye la segunda persona del subjuntivo de *habeo*, *habere*, y expresa la idea de exhibir, traer, tomar, etc. La palabra *data* es el plural de *datum*, que puede ser traducida como dar, ofrecer, regalar¹⁹.

Etimológicamente, *habeas data* significa “tomas datos”, en el sentido de entregar a la persona interesada informaciones que están en poder de otro. O, como enseña José Cretella Junior: “*Habeas data*, significa al pie de la letra, en comparación con lo que dijimos sobre el *habeas corpus*; tomar los datos que están en tu poder y entregarlos al interesado”²⁰.

José Afonso da Silva afirma que el sentido literal del *habeas data* se equipara al término *habeas corpus* y lo hace en base a los estudios de Firmín de Morales Prats, en relación al *habeas data* como instrumento que tutela la vida íntima de las personas:

El sentido literal de la expresión *habeas data* es correlativo al de *habeas corpus*. Éste, como se sabe, significa literalmente

¹⁹ Cretella Junior, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 766.

²⁰ Cretella Junior, José. Op. Cit., p. 766.

disponibilidad del cuerpo, libertad del cuerpo (= tengas el cuerpo), de manera similar, el *habeas data* quiere decir 'disponibilidad de los datos', 'libertad de los datos' (= tengas los datos). **Así como el *habeas corpus* no se reduce a aquella significación literal de la expresión, también el sentido de *habeas data*, contenido en el art. 5º, LXXII, de la Constitución Federal, va más allá de la literalidad del término. Entra allí como una garantía constitucional a la incolumidad de los datos personales, como un remedio constitucional, con naturaleza de acción judicial civil, por la cual el autor (solicitante) buscará conocer los datos personales registrados en las entidades gubernamentales o de carácter público, para rectificarlo, si fuera el caso (destacados nuestros)²¹.**

Como resultado, de ello deriva que la terminología *habeas data* tiene como significado ser un instrumento jurisdiccional específico para proteger la vida íntima.

En una obra específica sobre el *habeas data*, Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tornabene afirman que la locución *habeas data* sirve para destacar que la vida íntima dispone de un instrumento propio contra cualquier invasión abusiva de entes catastrales²². La terminología empleada alude al interés jurisdiccional que tiene el individuo para conocer los registros con informaciones sobre su persona. Y completan:

En consecuencia, respecto de la locución latina que le da nombre propio al instituto, se podría referir alguna crítica en su elección, pero hay que reconocer que la expresión es feliz como composición latina para un derecho de fin del siglo de la informática (habeas), segunda persona del presente subjuntivo de habeo...habere, significa aquí (tengas en posesión), que es una de las acepciones del verbo, y 'data' es el acusativo plural de datum, que los diccionarios más modernos definen con la representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Entonces: que tengas los registros, los datos²³.

De la misma forma lo entiende Enrique M. Falcón:

La locución *habeas data* es un préstamo poco ceremonioso a la historia. Es lo que se puede decir del empleo paronímico de palabras

²¹ AFONSO DA SILVA, José. Op. Cit., p. 58.

²² PIERINI, Alicia; LORENCES, Valentín; TORNABENE, María Inés. *Habeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, límites, censura, derecho a réplica, reserva de las fuentes, real malicia, delitos de la prensa. Derecho informático, banco de datos electrónicos, telemática, controles y responsabilidad, internet*, p. 21-22.

²³ Idem. Ibidem.

universal y secularmente consagradas. Por vía de esta extensión con referencia al *habeas corpus*, *habeas data* viene a significar: traigan el dato y somételo al tribunal. Sin embargo el verdadero origen del término es desconocido, aunque reciente. Ha coincidido con el auge de la informática y aparentemente consagrado por primera vez en la constitución portuguesa de 1976 (art. 35), aunque ya desde hacía mucho tiempo la intimidad personal que es una de las bases esenciales del *habeas data*, había sido establecida por la normativa. La expresión, como en otros campos del derecho (*sana critica*, *habeas corpus*, *deber ser*, etc.) es una construcción nominal substantiva en la cual el adjetivo (*habeas*) califica una cualidad permanente del sustantivo (*data*)²⁴.

De su etimología se deduce que el *habeas data* se constituye en un instituto que tiende a proteger jurídicamente la identidad personal para impedir que ciertas facetas de su vida particular sean publicadas.

2. EL HABEAS DATA

2. 1 CONCEPTO Y OBJETIVO

De la doctrina especializada se obtienen algunas definiciones esclarecedoras sobre el instituto constitucional que se está analizando:

Habeas data es el instrumento procesal capaz de garantizar a la persona, brasileña o extranjera, física o jurídica, los derechos fundamentales vulnerados por la práctica de los registros y bancos de datos personales, posibilitando el acceso a las informaciones que constan en ellos y, de ser necesario, la rectificación de las informaciones falsas²⁵.

Habeas data es un instrumento garantizador no sólo del conocimiento de datos y de su rectificación, sino es también, y principalmente, garantizador de la privacidad y de su núcleo, la intimidad y la imagen de la persona física o jurídica, es decir, garantizador de derechos fundamentales²⁶.

Habeas data es el medio constitucional puesto la disposición de la persona física o jurídica para asegurarle el conocimiento de registros concernientes al postulante y que consten en registros públicos o particulares accesibles al público, para la rectificación de sus datos personales²⁷.

²⁴ FALCON, Enrique M. *Habeas data: concepto y procedimiento*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 24.

²⁵ Efig, Antonio Carlos. *Banco de dados e cadastros de consumidores*, p. 64.

²⁶ Gonçalves, Renato Afonso. *Os bancos de dados nas relações de consumo*. 2000. Disertación (Maestría en Derecho) - Pontificia Universidad Católica de São Paulo. São Paulo, 2000, p. 115.

²⁷ Meirelles, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, p. 258.

Para Alicia Pierini, Valentín Lorences y Maria Inés Tornabene:

[...] La acción de habeas data es una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinado a proveer informes y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, en caso de falsedad o discriminación. Esta información debe referirse a cuestiones relacionadas con la intimidad, no pudiendo utilizarse por terceros sin derecho a hacerlo²⁸.

El concepto de *habeas data* establecido por Enrique M. Falcón se orienta en el siguiente sentido:

Se llama habeas data a un remedio urgente para que las personas puedan obtener: a) el conocimiento de los datos a ellas referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados, y b) en su caso para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos²⁹.

Y José Afonso da Silva concluye:

El *habeas data* es, por lo tanto, un remedio constitucional, con naturaleza de acción judicial civil, que tiene por objeto la protección de la esfera íntima de los individuos contra: a) usos abusivos de registros de datos personales recolectados por medios fraudulentos, desleales o ilícitos; b) introducción, en esos registros, de datos sensibles (así denominados los de origen racial, opinión política, filosófica o religiosa, filiación partidaria y sindical, orientación sexual, etc.); c) conservación de datos falsos o con fines diversos a los autorizados por ley³⁰.

Finalmente, merece ser mencionada la definición de *habeas data* realizada por Ernesto Araujo Carranza que dice ser “*una acción constitucional o legal que tiene cualquier persona que figura en un registro o banco de datos, de acceder a tal registro para conocer qué información existe sobre su persona, y de solicitar la corrección de esa información si le causara algún perjuicio*”³¹.

En base a estas enseñanzas y por ser el *habeas data* un instituto constitucional de derecho procesal, podemos definirlo como un instrumento de

²⁸ Pierini, Alicia; Lorences, Valentín; Tornabene, Maria Inés. Op. Cit., p. 17.

²⁹ Falcon, Enrique M. Op. Cit., p. 23.

³⁰ Afonso da Silva, José. Op. Cit., p. 58.

³¹ CARANZA, Emetsto Araujo. *El derecho a la información y la protección de datos personales en México*. México: Editorial Porrúa, 2009, p.179

salvaguarda de la privacidad de la persona (física o jurídica) contra actos abusivos del ente catastral, bien sea éste estatal o una entidad privada de carácter público, tanto para impedir la transferencia de las informaciones a terceros, como para prohibir el registro de datos adicionales relacionados al origen racial, opinión política, filosófica o religiosa, filiación partidaria o sindical, orientación sexual, etc.

El *habeas data* como derecho de la persona de conocer, actualizar y rectificar informaciones suyas, registradas en órganos catastrales del gobierno y en banco de datos de empresas privadas, reconocidas como entidad de naturaleza pública, conforme se prescribe en el artículo 5º, inciso LXXII, de la Constitución Federal, está integrado con la libertad que tienen las personas para autorizar la circulación, el uso y la conservación de sus datos, del mismo modo como ocurre en relación a las restricciones para la circulación de datos no verdaderos o incompletos, pasibles de herir la intimidad del signatario del registro.

Tratándose de una libertad individual, el *habeas data* es una tutela jurisdiccional de la vida privada en todos sus aspectos, dado que efectiviza el derecho a la información, mediante el deber de comunicación previa, y al mismo tiempo promueve el control del tratamiento que los órganos o entidades privadas de carácter público atribuyen a los datos que constan en sus registros, por mediante su rectificación.

El derecho al *habeas data* está integrado con el derecho a la autodeterminación informática³² y con la libertad. José Afonso da Silva enseña que el objeto del *habeas data*:

[...] consiste en asegurar: a) el derecho de acceso y conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que constan en registros o banco de datos de entidades gubernamentales y de entidades de carácter público; b) el derecho a la rectificación de estos datos, implica su actualización, corrección e incluso supresión, cuando sean incorrectos³³.

³² Por autodeterminación informática, se entiende la facultad que la persona tiene para autorizar la conservación, el uso y la circulación de los datos que se refieren a ella, en conformidad con la ley. Para un análisis más profundo sobre la autodeterminación informática, se recomienda la lectura de la obra de Wilson Zauhy Filho, intitulada “*A proteção do direito à privacidade à luz da informática: o direito ao habeas data – liberdade informática e autodeterminação de dados*”. Ver también: Domínguez, Karla Cantoral. *Derecho de protección de datos personales de la salud*. México: Editorial Novum, 2012, pp. 69-102.

³³ Afonso da Silva, José. Op. Cit., p. 59.

Gilmar Ferreira Mendes aduce que el *habeas data* es:

[...] un instituto destinado a asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que constan en los registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, y permite la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo de modo sigiloso³⁴.

En Argentina, la redacción precaria del texto constitucional hizo que los derechos tutelados por el *habeas data* se limitaran a la protección de la verdad y de la igualdad de tratamiento de las informaciones catastrales. Esta limitación ha sido criticada por la doctrina, dado que suscita una protección más amplia, a fin de permitir la tutela de cualquier derecho constitucional relacionado con la intimidad, especialmente en las hipótesis de amenaza o daño efectivo sufrido, que tenga como causante un gestor de banco de datos.

Sobre la ampliación alcanzada por una ley infraconstitucional, explican Néstor Pedro Sagüés y María Mercedes Serra lo siguiente:

El artículo 43 programa al *habeas data*, básicamente, para amparar casos de 'falsedad o discriminación', con lo que estaría salvaguardando los valores verdad e igualdad. No obstante, es clásico reconocer también al *habeas data* el resguardo del valor intimidad personal, como derecho en sí mismo, independientemente de que la divulgación de algo que hace a la esfera de la privacidad, puede o no ser cierto, o cause o no discriminación. Se trata, pensamos, de una lamentable omisión del constituyente, pero que puede ser salvada por la legislación reglamentaria, o por la misma judicatura, siguiendo las líneas de 'Siri' y 'Kot' (en el sentido de que ante el vacío normativo procesal, los jueces deben de todos modos habilitar los trámites idóneos para la tutela de un derecho constitucional³⁵).

Néstor Pedro Sagüés, en una obra individual, al tratar del objeto de acción del *habeas data* en Argentina, así se manifestó:

El art. 43 de la Constitución nacional programa al *habeas data* para casos de 'falsedad o discriminación'. Aparentemente, solo tutelaría los valores constitucionales de verdad o igualdad. La redacción constitucional, pues, no es feliz puesto que el derecho comparado

³⁴ Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, 2007, p. 521.

³⁵ Sagüés, Néstor Pedro; SERRA, María Mercedes. *Derecho procesal constitucional de la Provincia de Santa Fe*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 284-285.

ampara explícitamente también otros derechos, especialmente el de intimidad. En rigor de verdad, puede entenderse que este proceso constitucional también protege cualquier derecho constitucional perjudicado por un archivo o banco de datos. En tal sentido, el art. 1º de la ley 25.326 amplió también la cobertura del *habeas data* para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas³⁶.

La protección de la privacidad del individuo por medio del *habeas data* se evidencia con el reconocimiento de la protección jurisdiccional de esta garantía fundamental y también con la garantía de que el individuo tendrá conocimiento previo de las informaciones relativas a su persona y, al mismo tiempo, pueda rechazar eventuales errores en la inclusión de nuevos datos o en el uso indebido de los registros archivados.

A propósito del *habeas data*, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins también disertan lo siguiente:

El objetivo del *habeas data* es la rectificación de datos. Esta expresión debe ser entendida ampliamente para incluir la propia supresión cuando se trata de informaciones pertinentes a la vida íntima de la persona. Creemos que es posible llevar más allá aún la supresión. Se trata de aquellas hipótesis en las que los datos personales no mantienen ninguna relación con las finalidades legalmente definidas del órgano recolector. **Es preciso reconocerse que el poseer datos personales, aunque sean útiles en determinados campos de la actuación administrativa, como es el caso de la actividad policial, incluso así esta posesión ha de ser vista siempre como algo excepcional, y es por ello que el control nunca podrá limitarse solo a realizar una corrección de los datos erróneos. Tendrá que entrar en el mérito de la posesión de aquella calidad de datos. No cuesta nada recordar que el Estado de Derecho marca su actuación por el cuño de la impersonalidad y de la igualdad [Destacados nuestros]**³⁷.

En suma, el objeto de la acción del *habeas data* es garantizar el derecho que tiene el individuo para conocer de manera previa, ingresar y obtener informaciones sobre su persona, las mismas que constan en los bancos de datos y, por último, no menos importante, el derecho de rectificación de estos datos, de ser necesario.

El artículo 7º, inciso III, de la Ley 9.507/1997 amplió el alcance de la protección del *habeas data* al disponer que se asegura a la persona promover

³⁶ Sagües, Néstor Pedro. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2007, pp. 197-198.

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v. 2º, p. 364.

la anotación para contestar o explicar la veracidad del dato introducido en el banco de datos del órgano poseedor de las informaciones. En los términos del citado dispositivo de la Ley de *Habeas Data*:

Art. 7º Se concederá *habeas data*:

[...]

III. Para la anotación en los antecedentes del interesado, de contestación o explicación sobre el dato verdadero pero justificable y que esté bajo pendencia judicial o amigable³⁸.

Esa ampliación es complementaria a la protección establecida en el *habeas data* y, por lo tanto, no es inconstitucional porque, como afirmó Eduardo Talamini³⁹, la Constitución Federal, en relación a las garantías fundamentales, no excluye otras que deriven de ellas. Además, el incluir observaciones en los archivos del banco de datos está implícito en la protección constitucional del *writ*.

A esta ampliación aquí comentada también podría abarcar la ley de *habeas data* para imponer la obligación de hacer, traducida en la imposición para que el gestor del banco de datos comunique previamente a la persona sobre sus datos recolectados y almacenados, tal como dispone el artículo 43, § 2º, del CDC en relación a los órganos de protección al crédito.

El artículo 5º, inciso LXXII, letra “a”, de la Constitución Federal y el artículo 7º, inciso I, de la *Ley de Habeas data*, cuando aseguran al impetrante del *habeas data* el conocimiento de las informaciones relativas a su persona, presuponen una obligación de hacer, es decir, el ente catastral debe promover la comunicación previa para legitimar la actuación del órgano. La no observación del deber de informar garantiza al individuo la orden de *habeas data* para que el ente ponga a disposición sus datos y, si se da el caso, rectifique alguna incorrección detectada.

Esa comprensión tiene origen en los valores protegidos por el instituto del *habeas data* y se relacionan con la dignidad de la persona humana

³⁸ BRASIL. Lei Nº 9.507, de 12 DE Novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9507.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

³⁹ Talamini, Eduardo. O processo do *habeas data*: breve exame. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, nº 101, año 26, janeiro 2001, p. 88.

(artículo 1º, inciso I, de la Constitución Federal), en especial con el área de la vida íntima (artículo 5º, inciso X, de la Constitución Federal).

José Eduardo Nobre Matta, al respecto, corrobora:

Así, toda la hermenéutica desarrollada sobre el *habeas data* tendrá como norte, por un lado, el principio de dignidad de la persona humana, y por el otro, la búsqueda de la máxima efectividad del remedio, respecto a la tendencia histórica extensiva de los derechos y garantías⁴⁰.

De la misma forma, si la Constitución Federal otorga el acceso a la información y a la rectificación de datos que constan en los bancos de datos, obviamente la comunicación sobre el almacenamiento de las informaciones debe ser anterior a los referidos derechos (información y rectificación).

En la interpretación de Wilson Zauhy Filho:

[...] sólo con el reconocimiento de la obligatoriedad que tiene el operador de datos para **comunicar** al interesado la apertura de catastro, ficha, registro y datos personales y de consumo, podrá darse algún sentido al régimen de protección del individuo en estas situaciones. Con la implementación legislativa en esa dirección, se evita la sorpresa y toda especie de constreñimiento que la introducción de informaciones personales causa a la persona cuando ella se ve frente a algún órgano o empresa poseedora de ese tipo de registro que le impone toda la suerte de objeciones [Destacado nuestro]⁴¹.

Por lo tanto, el conocimiento debe ser previo a la inclusión o a la manipulación de la información por el gestor catastral, es decir, antes que el órgano público o privado recolecte datos del individuo para transferirlos a terceros.

2.2. CLASIFICACIÓN

En base al texto constitucional, en el concepto y en el objetivo del *habeas data*, se puede clasificar el instituto de la siguiente forma: *habeas data* informativo, *habeas data* rectificador y *habeas data* complementario.

⁴⁰ Matta, José Eduardo Nobre. *Habeas data*. 126.

⁴¹ Zauhy Filho, Wilson. *A proteção do direito a privacidade à luz da informática: o direito ao habeas data – liberdade informática e autodeterminação de dados*, pp. 242-243.

El *habeas data* informativo, expresado en la primera parte del inciso LXXII, letra 'a', del artículo 5° de la Constitución Federal, asegura el “conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante”.

En la modalidad de *habeas data* informativo, como el propio nombre dice, el objetivo es garantizar el conocimiento de que los datos de determinada persona son objeto de almacenamiento y manipulación por alguna entidad de registro. En otras palabras, asegura a la persona no sólo el derecho de ser comunicada previamente de que sus datos serán objeto de recolección y tratamiento por un órgano catastral, sino también el derecho de saber quién realizará el almacenamiento y/o la manipulación de tales datos y la finalidad de la operación.

El *habeas data* informativo actúa como medio preventivo o represivo contra cualquier acto ofensivo al derecho de la personalidad, finalmente, es por medio de él que el individuo puede ejercer control sobre las informaciones personales que serán registradas en un banco de datos públicos y/o privados garantizándose a los individuos el derecho de conocerlas previamente, así como tener acceso a ellas.

José Carlos Barbosa Moreira enseña sobre el derecho de conocimiento lo siguiente:

El problema se vincula manifiestamente con el de la preservación del derecho a la intimidad: en la recolección y almacenamiento indiscriminado de datos referentes a una persona, sin su conocimiento y sin control de su parte, no hay como dejar de ver una invasión a la privacidad. En rigor, sin embargo, lo que sobresale aquí es una idea más particularizada, susceptible de expresión sintética en los siguientes términos: a nadie se debe negar el conocimiento de lo que otros saben o suponen saber al respecto [...]⁴².

Y Néstor Pedro Sagüés analiza de la siguiente forma:

Tiene por fin averiguar información y cuenta con esta tres variables: el *habeas data* exhibitorio, que busca únicamente tomar conocimiento de los datos; el *habeas data* finalista, cuya meta es saber para qué y para quién se registran los datos, y el *hábeas data* autoral, que inquiriere acerca de quién obtuvo los datos⁴³.

⁴² Moreira, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. En: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 127-128.

⁴³ Sagüés, Néstor Pedro. Op. Cit., p. 198.

Para Diomar Ackel Filho⁴⁴, el *habeas data*, aquí clasificado como informativo, en realidad, sería el preventivo, pues la información sobre los datos registrados tiene el propósito de evitar acciones judiciales para autorizar la corrección de eventuales errores, además de actuar como instrumento protector contra daños. En la interpretación del autor:

El conocimiento de los datos de la persona previene todo. La tranquiliza, previniendo una demanda inútil, en caso el dato estuviera correcto y no vulnerase el derecho del interesado. Pero también resguarda, en el caso de contener elementos no verdaderos o falsos, generando a la persona la oportunidad de obtener la rectificación para evitar problemas eventuales⁴⁵.

Independientemente de la denominación que llegue a adoptarse, es importante saber que la letra “a” del inciso LXXII del artículo 5º de la Constitución Federal confiere al individuo medios para que él pueda defender su vida íntima y el derecho de estar solo, contra la recolección y manipulación de sus datos, sin presentar ninguna justificación. Para invocar la protección contenida en el referido dispositivo, basta que el titular tome conocimiento del órgano (sea por comunicación previa promovida por el ente catastral o por otra vía) que esté promoviendo la recolección o la manipulación de sus datos personales.

El *habeas data* rectificador se extrae de la letra “b” del inciso LXXII del artículo 5º de la Constitución Federal, que asegura el derecho del justiciado para promover correcciones en la información ya almacenada en el órgano gestor del registro. También puede ser denominado *habeas data* correctivo⁴⁶.

El *habeas data* rectificador posibilita que alguien, debidamente informado sobre el almacenamiento y la manipulación de sus datos por entidades catastrales (públicas o privadas), exija la inmediata corrección, a fin de alejar la transferencia de informaciones equivocadas, desactualizadas o que no se condicen con la verdad.

⁴⁴ Ackel Filho, Diomar. *Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”*. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 125.

⁴⁵ ACKEL FILHO, Diomar. Op. Cit., p. 125.

⁴⁶ ACKEL FILHO, Diomar. Loc. Cit..

Por último, el *habeas data* complementario o aditivo deriva de la lectura conjunta del artículo 43, párrafo 1º, del CDC con el artículo 7º, inciso III, de la Ley nº 9.507/1997, que así dispone: “Art. 7º. Se concederá *habeas data*: [...] III – para la anotación en los antecedentes del interesado, de contestación o explicación sobre el dato verdadero pero justificable y que esté bajo dependencia judicial o amigable”.

Como fue sostenido antes, el CDC, en el artículo 43 y párrafos, por regular entidades catastrales archivistas, integra el sistema de normas que se armoniza con la amplia protección que el *habeas data* promueve sobre la vida íntima de las personas.

En este caso, el *habeas data* complementario posibilita que se promuevan actualizaciones en las informaciones relativas al individuo, las cuales constan en los bancos de datos, sea para añadir, sea para suprimir algo que no se condice con la verdad.

Además de la clasificación aquí presentada, en el derecho comparado⁴⁷ hay otros tipos de *habeas data*, pero que se aproximan a los elementos del *habeas data* (informativo, rectificador o complementario).

Por tanto, si el legislador constituyente hubiera mantenido el texto original creado por José Afonso da Silva, en la Comisión Afonso Arinos, el ordenamiento nacional admitiría el *habeas data* cancelatorio o ejecutorio⁴⁸.

2.3. DIFERENCIA ENTRE *HABEAS DATA* Y PRESTACIÓN DE INFORMACIÓN

El *habeas data*, en lo que se refiere al deber del Estado de prestar informaciones y esclarecimientos, no se confunde con cualquier otra garantía constitucional.

La protección constitucional contenida en el inciso XXXIII del artículo 5º de la Constitución Federal, mencionado líneas atrás, hace referencia a la

⁴⁷ En las lecciones de Néstor Pedro Sagüés, el *habeas data* reservador “[...] tiende a salvaguardar el principio de confidencialidad, esto es, que lo registrado lícitamente en un banco de datos no sea divulgado a terceros (p. ej. Declaraciones impositivas); [...]” (*Manual de derecho constitucional*, p. 198). .

⁴⁸ “*Habeas data* cancelatorio o ejecutorio: su objetivo es borrar la llamada información sensible, apta para provocar discriminaciones ilegítimas o atentatorias al derecho a la privacidad (p. ej., datos en materia de raza, religión, ideas políticas, comportamiento sexual, convicciones filosóficas y morales, salud – art. 2º, ley 25.326.” Cf. Sagüés, Néstor Pedro. Op. Cit., p. 198.

obtención de informaciones relativas al modo de actuar de la Administración Pública como reflejo de la democratización del país, haciendo más transparente el uso de la cosa pública.

De acuerdo con Celso Ribeiro Bastos:

Se trata, pues, de combatir el principio de la arcana praxis o principio del secreto que, siendo propio del Estado de policía, no deja, sin embargo, de manifestar su permanencia en el Estado de Derecho, en el actuar de una burocracia que busca encerrarse en una práctica esotérica de difícil acceso al ciudadano común⁴⁹.

Diva Prestes Malerbi, sobre el citado inciso XXXIII, enseña lo siguiente:

Cuida, pues, el inciso XXXIII del art. 5º de la Constitución de un derecho personal, de cuño político, derecho de la persona, en cuanto miembro de la comunidad, de tomar parte en la vida pública y en la dirección de los asuntos públicos del País. Se trata, así, de un derecho político, que deriva del *status civitatis*, teniendo por objeto el libre ejercicio de una función pública, protegiéndola contra cualquier injerencia ilegítima (del Estado-persona o de otros entes)⁵⁰.

El inciso XXXIII del artículo 5º de la Constitución Federal integra el derecho general a la información formado por el inciso XIV. En relación a la transparencia de los agentes públicos, aquel dispositivo constitucional (artículo 5º, inciso XXXIII) también se vincula con el encabezado del artículo 37 de la actual Carta Magna.

Luego, se percibe la distinción entre el deber de prestar información, prescrito en el citado comando constitucional (artículo 5º, inciso XXXIII), con la protección de la intimidad intrínseca al *habeas data*, es decir, en aquél existe el deber de los órganos públicos de ofrecer informaciones de interés particular, de interés colectivo o general, cuando sean solicitadas, que serán prestadas en el plazo de ley, bajo pena de responsabilidad, con excepción de las informaciones que están protegidas por sigilo de Estado para la preservación de la seguridad nacional.

⁴⁹ Bastos, Celso Ribeiro. *Habeas data*. Apud.: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Op. Cit., p. 163.

⁵⁰ Malerbi, Diva Prestes. *Perfil do habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 30-31.

Se resalta que, en el referido inciso XXXIII, existe una imposición para que la Administración Pública informe al individuo o a la colectividad sobre los actos de su interés⁵¹.

Por otro lado, el *habeas data* asegura al sujeto el conocimiento previo de las informaciones personales que son o podrán ser objeto de manipulación por el órgano recolector y que se refieran solamente a él y no a otras personas. Por lo tanto, con esta acción constitucional, la persona puede, entre otros propósitos, evitar que la manipulación de sus datos cause daños a su privacidad.

Algunas posiciones doctrinarias⁵² observan una correlación entre los incisos XXXIII y LXXII, ambos del artículo 5º de la Constitución Federal, conforme escribió Diomar Ackel Filho⁵³: “Así, el inc. LXXII, que prevé el *habeas data*, debe ser interpretado conjuntamente con el inc. XXXIII, ambos del mismo art. 5º, resultando de allí la interpretación que presentamos con relación a las excepciones”.

La acepción esbozada es que el inciso XXXIII constituye el objeto de protección del *habeas data*, tal como los incisos V, X y XII, todos del artículo 5º de la Carta Magna brasileña.

Para discordar de esta comprensión, se invoca nuevamente la regulación del inciso XXXIII de la Constitución Federal, que asegura el derecho a la información personal o colectiva mantenida por órganos públicos. Esta norma, por regla general, no tiene relación directa con la vida íntima del individuo, sino con el principio de publicidad gravado en el encabezado del artículo 37 del mismo orden constitucional.

⁵¹ “Es evidente, sin embargo, que el espectro de alcance del derecho de ser informado no se agota en las informaciones de interés particular prestadas por la administración pública, extendiéndose también las informaciones de interés colectivo, prestadas por los órganos encargados de promover la comunicación social. La titularidad de ese derecho corresponde, principalmente, al grande público, es decir, a los receptores o destinatarios de las informaciones, las cuales, por su parte, son transmitidas primordialmente por los medios de comunicación”. Cf. Abdo, Helena Najjar. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 38-39.

⁵² José Saulo Pereira Ramos observa una correlación entre el deber de información general con la protección a la intimidad del *habeas data*, conforme se extrae del Parecer SR-37 elaborado por él. BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer SR-37**. 08.10.1988. Disponible en <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=7882>>. 21 agosto de 2013.

⁵³ Ackel Filho, Diomar. Op. Cit., p. 120.

La interpretación sistemática de ambas normas señala el deber de transparencia de los órganos públicos. En el caso del citado inciso XXXIII, el derecho allí garantizado puede ser ejercido mediante petición (inciso XXXIV del artículo 5º). Por lo tanto, no es necesaria la intervención jurisdiccional, salvo si la información solicitada coloque en riesgo el interés público o la seguridad nacional.

En el supuesto que la información solicitada, que no esté relacionada a la vida privada o no sea de interés nacional, llegue a ser negada, otra acción podrá ser utilizada para la obtención de la información referida. Lo que se pretende enfatizar es que el inciso XXXIII, a pesar de mencionar el derecho a la información, así como el inciso XIV, no pueden ser considerados como norma material de protección de la vida íntima amparada por el *habeas data*.

José Joaquim Calmon de Passos, cuando trató del derecho a la información prescrita en el artículo 5º, incisos XIV y XXXIII, de nuestra Carta Magna, así se manifestó:

El *habeas data*, por lo tanto, no es un remedio procesal para tutela del derecho a la información. Él es inadmisibles para la protección de aquel derecho general a la información previsto en el inciso XIV del art. 5º. Así como también, es inadecuado para tutelar el derecho de obtener información de carácter particular (que no sea de carácter personal) o de interés general. En ambas hipótesis, el interesado tendrá que servirse de los instrumentos procesales ya existentes y adecuados para la protección de los derechos subjetivos, pudiendo configurarse en el caso en específico, la admisibilidad del mandato de seguridad, de un procedimiento ordinario o especial distinto del *writ*. Es inadmisibles, siempre, el *habeas data*. Eso mientras el legislador no establezca un procedimiento específico para esas situaciones. Mientras que para la tutela del derecho de obtener informaciones de carácter personal, es decir, informaciones que hagan referencia a la persona del título del derecho a la información, o para rectificar esas informaciones, nuestra Carta Magna previó el remedio del *habeas data*⁵⁴.

El inciso XXXIII del artículo 5º de la Constitución Federal, incluso no siendo fuente material del *habeas data*, puede ser objeto del *writ*, siempre que sea demostrado que la información solicitada al órgano público, de algún modo, representaría una amenaza o lesión a la privacidad, como, por ejemplo, el

⁵⁴ Passos, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 139.

rechazo del “Poupatempo”⁵⁵ de promover la rectificación en la hoja de antecedentes criminales de la persona.

Por lo tanto, la primera función del *habeas data* es tutelar la privacidad, con la finalidad de permitir que el individuo tenga acceso a la información sobre su persona, recolectada por el órgano catastral y que pueda rechazar⁵⁶ cualquier tipo de manipulación errónea y/o indebida de sus datos.

La protección del *habeas data*, debe, igualmente, ser ampliada para alcanzar la manipulación de datos personales informatizados y almacenados por empresas privadas de protección al crédito, redes sociales y otros repositorios de datos.

La lección de Fernando Sacco Neto refuerza la afirmación:

El *habeas data* está vinculado a una de las libertades públicas, a saber, el derecho a la información. Conjugándose el inciso III del art. 1º de la CF –que protege la dignidad de la persona– con los incisos X y LXXII del art. 5º de la CF, se concluye que el *habeas data* es un instrumento con aptitud para tutelar las expresiones de las conductas⁵⁷.

Con la asociación del inciso LXXII y el inciso XXXIII, ambos del artículo 5º de la Constitución Federal, se crea óbices que el *habeas data* ya enfrenta, dado que este remedio tutela la vida íntima de las personas mediante el suministro de informaciones particulares que están en poder de entidades catastrales (sean ellas públicas o privadas) pasibles de causar daños a su titular. Por otro lado, la regulación del inciso XXXIII tiene relación con la información de carácter particular o no, pero no de carácter personal y que no tenga la virtud de causar daño.

⁵⁵ Nota del Traductor (NT): El término *Poupatempo* hace referencia a un proyecto creado e implantado por el Gobierno del Estado de São Paulo en 1961. Ofrece en un mismo local diversos servicios de naturaleza pública al ciudadano. Pone a disposición más de 400 servicios desde emisión de cédula de identidad, de atestado de antecedentes criminales, entre otros. En el año 2006, una investigación del IBOPE reveló que un 99% de los usuarios aprobaron la atención prestada en el *Poupatempo*. La unidad de mejor desempeño en las investigaciones fue la de Guarulhos con un 99,7% de atención considerada bueno u óptimo.

⁵⁶ “La segunda función específica del *habeas data* es la garantía del derecho de rectificación de datos que se encuentren incorrectos o incompletos en los archivos. Esta rectificación no debe ser interpretada de manera restringida, sino como derecho de anulación, de corrección, de substracción o de incremento de los datos existentes en repositorios de consumo”. Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Op. Cit., p. 66.

⁵⁷ Sacco Neto, Fernando. *Cadastros de proteção ao crédito* p. 137.

Por lo tanto, el derecho a la prestación de información contenida en el inciso XXXIII del artículo 5º de la Constitución Federal, evidentemente, asegura la necesaria transparencia en el modo de actuar del Poder Público.

3. ADVENIMIENTO DE LAS REDES SOCIALES Y LA NECESIDAD DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA INTIMA

La vida íntima es un desdoblamiento de la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales, aunque dirigidos al hombre en cuanto individuo, fueron introducidos en un ambiente de protección social y no concebidos de manera aislada.

Los principales desarrollos tecnológicos se concentraron en las telecomunicaciones y en las formas de diseminación de informaciones. En rigor, los progresos científicos posibilitaron acceder, procesar y circular informaciones de toda naturaleza (sonido, imagen y texto) y modificaron la relación del ser humano con el tiempo y el espacio; también se desarrollaron nuevas formas de interacción entre las personas, en sus vínculos sociales y culturales.

Con el advenimiento de las redes sociales se ha cuestionado mucho sobre los límites de su actuación y su potencialidad ofensiva a la vida íntima de las personas.

Algunas personas ajenas a los avances tecnológicos intentan ejercer su derecho a estar solos. Estas personas, en la actualidad, podrían ser comparadas con un “ermitaño” digital.

Sucede que, incluso para aquellos que comparten parte de su vida íntima en las redes sociales son perjudiciales los daños resultantes de un dato lanzado erróneamente en una de esas redes, tal como facebook, linkidn, twitter, lulu, tinder y etc; son devastadores.

En ese sentido, se puede afirmar que el mundo digital tiene un gran potencial para causar daños a la privacidad de las personas y ello se revela en su excepcional capacidad de almacenamiento, circulación de informaciones y cuán rápido ellas se proliferan.

Con la circulación indebida de datos de la persona, sea en las redes sociales, sea en los órganos de protección al crédito, entre otros, se torna imposible restablecer el *estatus quo* anterior a la divulgación. Análogamente,

sería lo mismo que lanzar un puñado de arena desde la parte superior de un edificio y después intentar reunir las nuevamente en un solo recipiente: es simplemente imposible.

Si, en un pasado no muy lejano el temor que se tenía sobre el almacenamiento de datos era su mal uso, que generaba prisiones arbitrarias para fines políticos, hoy, el fantasma que asombra a la intimidad de las personas es la depreciación de la honra y de la imagen por la vía digital.

Las legislaciones, sabemos bien, no consiguen acompañar ese desarrollo digital, pero, a cambio, el legislador constitucional puso el *habeas data* a disposición de los justiciables como instrumento legal apto no sólo para reconocer el derecho de estar solo, sino también para servir como herramienta constitucional específica que tutela el derecho a la vida privada, que desgraciadamente el legislador infraconstitucional, sea con la ley 9.507/97, sea también, con el marco civil del internet (ley 12.965/2014) silenció el badajo de la campana.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO CIVIL

Se conmemoró mucho sobre la promulgación de la Ley Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada como marco civil del internet, porque ella establece los principios, garantías, derechos y deberes para el uso del internet en Brasil; así como establece las directrices para la actuación de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios en las cuestiones relacionadas al control del internet doméstico, conforme establece el artículo 1^o⁵⁸ de la referida ley.

El marco civil es el reconocimiento formal de que el Estado debe regular el uso del internet en Brasil y proclama la tutela de la libertad de expresión sin agredir la privacidad y los datos personales, pero no establece una medida jurisdiccional específica y diferenciada orientada a asegurar la preservación de la libertad de expresión y de la privacidad.

⁵⁸ Art. 1º Esta Ley establece principios, garantías, derechos y deberes para el uso del internet en Brasil y determina las directrices para la actuación de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios en relación a la materia.

Se trata de una medida pueril o paliativa que asegura derechos, impone responsabilidades y establece los principios y directrices del internet en Brasil, sin preocuparse de perfeccionar el instituto del *habeas data*, que conforme con el legislador constituyente, fue insertado en el ordenamiento mayor para tutelar los datos personales frente a los avances tecnológicos.

El marco civil en su artículo 3º, incisos II y III⁵⁹ asegura la protección de la privacidad y de los datos personales y, conforme fue ampliamente defendido, siendo el *habeas data* la medida constitucional y procesal con esta finalidad, el legislador infraconstitucional perdió la oportunidad para derogar algunos truncamientos constantes en la Ley 9.507/97, que inviabiliza que esta tutela jurisdiccional de la vida privada se establezca como una efectiva garantía constitucional.

Esto quiere decir, que el marco civil asegura la libertad de expresión, la vida privada y los datos de las personas en cuanto al uso del internet, pero no dispone de una tutela jurisdiccional diferenciada propia para tales derechos, forzando al sujeto a recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria para obtener la protección de su vida privada. Citemos las oportunas enseñanzas de Sérgio Cruz Arenhart:

“La ausencia de tutela para un determinado derecho vale poco más que su no reconocimiento por el ordenamiento. Es como la deuda prescrita, o la resultante de juego: no hay modo de actuarse la pretensión en caso de conflicto de intereses. ¿De qué vale, entonces, un derecho que no se puede exigir del Estado? Vale sólo para sostener el discurso neoliberal del fracaso del Estado, que todo promete, pero nada cumple”⁶⁰.

⁵⁹ Art. 3º La regulación del uso del internet en Brasil tiene los siguientes principios: I. Garantía de la libertad de expresión, comunicación y manifestación de pensamiento, en los términos de la Constitución Federal; II. Protección de la privacidad; III. Protección de los datos personales, en la forma de la ley; IV. Preservación y garantía de la neutralidad de red; V. Preservación de la estabilidad, seguridad y funcionalidad de la red, por medio de medidas técnicas compatibles con los patrones internacionales y por el estímulo al uso de buenas prácticas; VI. Responsabilidad de los agentes de acuerdo con sus actividades, en los términos de la ley; VII. Preservación de la naturaleza participativa de la red; VIII. Libertad de los modelos de negocios promovidos en internet, siempre que no entren en conflicto con los demás principios establecidos en esta ley. Párrafo único. Los principios expresados en esta Ley no excluyen otros previstos en el ordenamiento jurídico nacional relacionados a la materia o en los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil sea parte.

⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

El artículo 5º, inciso I del marco civil define internet como “*el sistema constituido del conjunto de protocolos lógicos, estructurado a escala mundial para uso público e irrestricto, con la finalidad de posibilitar la comunicación de datos entre terminales por medio de diferentes redes*”⁶¹.

El artículo 8º del marco civil condiciona el ejercicio del derecho de acceso al internet siempre que esté asegurado irrestrictamente la privacidad de las personas y la libertad de expresión.

Las críticas que deben ser formuladas al marco civil es en el sentido de que no puede la ley que regula el uso del internet ser una mera previsión legal orientada a la protección de la intimidad, sino, ser un sistema jurídico de protección de datos personales, en un diálogo con la Constitución Federal, en especial con el inciso que prevé el *habeas data* para tal fin.

5. HABEAS DATA Y EL SISTEMA JURIDICO DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LA PRIVACIDAD

Por desgracia, el legislador infraconstitucional perdió la oportunidad de quitar el *habeas data* del ostracismo y de esta forma establecerlo como medio exclusivo de protección de la privacidad y tratamiento de los datos recolectados en internet, tal como fue pensado por su creador.

A título de ejemplo tenemos el artículo 7º, VII de la Ley 12.965/2014 (marco civil), que asegura al usuario del internet el derecho de preservar sus datos personales y que estos no sean suministrados a tercero sin consentimiento previo.

Conforme fue dicho anteriormente, el artículo 5º, inciso LXXII, letra “a” de la Constitución Federal debe ser interpretado como la garantía otorgada al interesado para tener el conocimiento anticipado de las informaciones recolectadas que se refieran a su persona, pues sólo así se efectiviza el acceso a la información y se permite el ejercicio del contradictorio y amplia defensa en una eventual controversia que tenga como objeto los datos almacenados.

Se destaca, por lo tanto, en los términos del texto constitucional comentado, que la comunicación previa como presupuesto que garantiza el derecho del individuo de ser informado sobre sus datos y de promover

rectificaciones, elige al *habeas data* como medida de prevención contra futuros daños a la privacidad.

De esa manera, con el conocimiento previo de las informaciones, el individuo podrá apuntar eventuales errores, verificar la veracidad, así como ejercer el derecho de rectificación o corrección, evitando, así, daños a su vida privada.

Wilson Zauhy Filho, al respecto, se manifiesta en el siguiente sentido:

Solamente por medio de la comunicación es que la persona podrá, de antemano, antes de que las informaciones ganen camino propio, de ser comunicadas a un número indeterminado de personas, consolidando daños a la dignidad de la persona de todo tipo, ejercer con eficacia el derecho de exigir la corrección. La corrección podrá ser verificada de inmediato, cuando el hecho que le dio causa no existiera o no hubiera existido de tal o cual modo, o también cuando la incongruencia fáctica ocurriera por razones supervenientes⁶².

La comunicación previa también genera para el ciudadano el pleno ejercicio del derecho de oponerse a ser recordado⁶³, es decir, el derecho de oponerse a la recolección, almacenamiento o tratamiento de sus datos por alguna entidad catastral, que en el caso del marco civil venga a ser el responsable por la transmisión de los datos en la red mundial.

Así, se constituye la obligación para que el órgano catastral informe previamente al individuo que sus datos serán recolectados, almacenados y transferidos a terceros. El ente catastral sólo quedará exento de esta obligación cuando hubiera solicitud espontánea del sujeto a quien pertenecen las informaciones. Se entiende, sin embargo, que sería lógico imponer al ente catastral, sea él público o privado, la obligación de informar previamente al individuo, precisamente para evitar que éste tenga que promover diligencias en los diversos órganos de gestión de datos, lo que en la práctica es una tarea imposible, dado que es muy amplia la diseminación de las entidades de archivo.

⁶² Zauhy Filho, Wilson. Op. Cit., p. 243.

⁶³ DOTTI, Ariel René. O direito ao esquecimento e a proteção do *habeas data*. Apud. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Op.Cit. , p. 290-320.

No es absurdo presuponer que el artículo 5º, inciso LXXII, letra “a”, de la Constitución Federal, implícitamente, impone al ente catastral la obligación de prestar previamente informaciones al interesado sobre el almacenamiento de datos al respecto, dado que tal medida ya fue adoptada en el artículo 43, inciso § 2º, del CDC, que complementa la norma constitucional mencionada anteriormente. Se dice ello, pues, el artículo 43, inciso § 2º, del CDC, que regula a las empresas de banco de datos privados consideradas de orden público (art. 43, § 4º), en observancia con la letra “a” del artículo 5º, inciso LXXII, de la Constitución Federal, señalizan la existencia de un sistema de protección de la vida íntima.

Así, el artículo 43 y párrafos del CDC y el marco civil pueden ser considerados como el complemento infraconstitucional, en un diálogo sistemático entre las fuentes relacionadas con el *habeas data* para limitar la actuación de los bancos de datos no sólo relacionado con la protección del consumidor, sino en relación al uso del internet y, también genéricamente, siempre que sea observada la especificidad de cada entidad. Es decir, la actuación de los órganos de archivo que manipulan datos de personas tiene que estar guiada en estricta observancia de las garantías contenidas en la Constitución Federal y en la legislación infraconstitucional, pues sólo así tendrán legitimidad para ejercer su *múnus público*.

De la interpretación de la letra “a” del inciso LXXII del artículo 5º de la Constitución Federal se destaca que el *habeas data* es un instrumento fundamental de protección de la intimidad, dado que al legitimar la actuación de los bancos de datos públicos y privados se asegura mínimamente otras garantías constitucionales como el tratamiento paritario entre las partes, el contradictorio y amplia defensa, previsibilidad y otros que son complementados en la legislación infraconstitucional.

5.1. *HABEAS DATA* COMO TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA

En el caso de la protección la vida privada, se puede afirmar que el *habeas data* es el límite formal y material que la Constitución Federal impone a las entidades gestoras de datos catastrales de personas, inclusive en lo que se

refiere al internet. Por medio de este instrumento, se legitima la actuación de esas entidades y, al mismo tiempo, se tutela la privacidad del sujeto, de modo que no acarree daño a su vida íntima.

La técnica es indispensable para conducir la actuación del Estado-juez para llegar a un resultado útil, es decir, entregar la tutela jurisdiccional a quién realmente tiene derecho, sin los óbices del procedimiento ordinario común.

La tutela jurisdiccional diferenciada es una técnica cuyo propósito es vincular la actividad estatal a la finalidad específica de tutelar determinado derecho material, de forma ágil, sin descartar la cognición amplia; ofrece un mejor tratamiento en la distribución de la carga del tiempo dentro del proceso.

En el caso de protección de la vida privada del individuo, la pretensión del legislador constituyente de 1988 fue elegir el *habeas data* como un instituto adecuado para tutelar tal derecho, frente a los avances tecnológicos que permiten el almacenamiento y la manipulación de informaciones. No es por otra razón que el referido *writ* se califica como tutela jurisdiccional diferenciada.

La globalización, igualmente, hizo que el tráfico comercial dependiera de las entidades catastrales de protección al crédito⁶⁴ y congéneres. Además de ello, las redes sociales diseminaron el cambio de datos e informaciones sobre los individuos, colocando en riesgo la privacidad.

Los principales desarrollos tecnológicos se concentraron en las telecomunicaciones y en las formas de diseminación de informaciones. En rigor, los progresos científicos posibilitaron ingresar, procesar y circular informaciones de toda naturaleza (sonido, imagen y texto) y modificaron la relación del ser humano con el tiempo y el espacio; también se desarrollaron nuevas formas de interacción entre las personas, en sus vínculos sociales y culturales.

Así, no está de más la exigencia de herramientas jurisdiccionales adecuadas al Estado para limitar el uso desenfrenado del internet, evitando que

⁶⁴ Aunque corresponda al proveedor la palabra final en el momento de conceder un crédito a alguien, su decisión, sin duda, estará fundamentada en informaciones oriundas de entidades de protección al crédito y congéneres. En estudio de Leonardo Roscoe Bessa: “La concesión de crédito presupone cierto grado de confianza en el beneficiario de la operación. No hay como negar la importancia que las entidades de protección al crédito ejercen en la actualidad, pues, alejando el anonimato de los actores de la sociedad de consumo, posibilitan que el crédito sea concedido con una mayor rapidez” (*O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito* p. 39).

llegue a causar daños a la dignidad de la persona humana, como viene ocurriendo en algunos países⁶⁵, que no disponen de un instituto constitucional procesal destinado a la protección de la privacidad, como es el caso del *habeas data*, en el ordenamiento jurídico brasileño.

Frente a estas constataciones, el marco civil no puede limitarse sólo a reconocer derechos de los usuarios del internet, dado que la Constitución Federal dispone de un instituto propio –*habeas data*– que garantiza al individuo el acceso a informaciones o pueda rectificarlas, en caso de incorrección. Eso porque, en la actual coyuntura, en la cual predomina el intercambio de datos informáticos de los sujetos, lo que fomenta la economía, la protección constitucional del *habeas data*, por la vía del marco civil, tiene que expandirse al punto de ser una protección contra amenazas y daños resultantes del conocimiento de datos surgidos después del desarrollo de los sistemas de informaciones que circulan diariamente en internet y en las redes sociales.

A ejemplo de lo que ocurre con el *habeas corpus* y con el mandato de seguridad, objetivo constitucional de tutelar “toda” violación ilegal y no legítima, tratándose, respectivamente, de libertad de movimiento y abusos del Poder Estatal contra derecho líquido y cierto de los individuos, también el *habeas data*, en el ámbito de la vida privada, no se debe limitar sólo a admitir el acceso y la rectificación de datos en un órgano público.

De igual manera, el instituto del *habeas data* debe prohibir, sea preventiva o represivamente, el uso indebido y lesivo de la manipulación de datos oriundos de la evolución tecnológica.

En ese sentido, por lo tanto, debería el marco civil, así como lo hizo tácitamente el legislador constitucional, instituir objetivamente el *habeas data* como la tutela jurisdiccional diferenciada destinada a la amplia protección de la privacidad del individuo, además de asegurar el acceso a la información, rectificación de datos y anotaciones de observaciones en los asientos, cuando

⁶⁵ “En Francia, en virtud de ley ordinaria, corresponde a la Comisión Nacional de Informática velar por el derecho a las informaciones personales, que constan en las memorias computarizadas, con excepción a las de interés de seguridad del Estado o de la seguridad pública [...]. En Estados Unidos, la regulación de las informaciones personales es realizado a través del *Freedom of Information Act*, del *Fair Credit Reporting Act* y del *Freedom of Information Reform Act*, con la virtud de posibilitar el acceso y la rectificación de las informaciones, así como la acción civil contra la respectiva agencia”. Cf. EFING, Antonio Carlos. *Banco de datos e cadastros de consumidores* p. 71-72.

sea necesaria, por parte de órganos catastrales públicos y privados que manejan informaciones de las personas y el objetivo es, vale destacar, evitar daños en la esfera de la vida privada.

Y, como tutela diferenciada, el *habeas data* debe disponer de un procedimiento simple, célere, de cognición restringida, pero que admita todos los medios de prueba, consecuentemente, sin la exigencia de prueba preconstituida.

Se menciona, también, que el instituto del *habeas data* es una tutela jurisdiccional diferenciada⁶⁶ porque, conforme fue defendido líneas atrás, la protección constitucional que lo acompaña tiene naturaleza de acción especial, cuya técnica empleada debe alejarse lo más que fuese posible del procedimiento ordinario. Además, por ser una medida jurisdiccional destinada a la protección de la intimidad del individuo, en la vida práctica necesita generar los efectos pretendidos por el legislador originario, es decir, asegurar al individuo la amplia protección de su vida privada.

CONCLUSIONES

Efectivizar la prestación jurisdiccional en un tiempo razonable no significa prisa, sino, disponer de técnicas para asegurar un proceso que ponga a disposición de las partes todos los medios, todas las garantías constitucionales para que la entrega del bien de la vida sea hecha de manera coherente con lo que se espera de un Estado Democrático de Derecho.

El instituto del *habeas data* es una protección constitucional de la intimidad en todos sus aspectos, pues así lo quiso el legislador constituyente, y no solamente una garantía constitucional que permite el acceso y rectificación de datos, de interés público, junto a órganos catastrales estatales o privados.

El *habeas data*, ante los valores que carga en su esencia, puede ser empleado también como tutela preventiva de daños a la intimidad y con eso mitigar los efectos nocivos del mal uso tecnológico, especialmente, de las

⁶⁶ “Realmente, al estar presentes distintos objetivos a ser alcanzados por una prestación jurisdiccional efectiva, no hay motivos para mantener un tipo unitario de este o de los instrumentos indispensables para su incorporación. La vinculación del tipo de prestación para su finalidad específica refleja la atendibilidad de esta; la adecuación del instrumento a su objetivo por potenciar su tono de efectividad”. Cf. ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdiccional diferenciada. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, RePro n° 65, ano 17, janeiro-março 1992.

redes sociales y entidades catastrales de protección al crédito, sistema financiero, etc.

La Constitución Federal brasileña asegura a todos los individuos el derecho de la libertad de opinión y expresión, así como el derecho a la privacidad, este último, traducido en la libertad que el individuo tiene de impedir que ciertas facetas de su vida sean publicadas en cualquier medio de transmisión de datos y/o comunicación.

Los derechos reconocidos en el marco civil no especifica de modo claro y objetivo, cuáles son los datos personales que son objeto de protección, tampoco, prevé un mecanismo judicial diferenciado para tutelar la privacidad, incluso si la Constitución Federal colocara el *habeas data* como el instrumento procesal que tutela la vida íntima de las personas, a fin de asegurarles informaciones y promover rectificaciones constantes en el banco de datos con aptitud de causar daños en su libertad individual.

Si el marco civil es una norma que reconoce el deber del Estado para tutelar los datos personales y habiendo la Constitución Federal introducido el *habeas data* como una garantía fundamental para preservar la privacidad de los individuos frente a los avances tecnológicos de almacenamiento y manipulación de datos, se concluye que el legislador infraconstitucional erró al no insertar el *habeas data* en la Ley 12.965/2014 como una acción específica orientada hacia este fin.

El legislador infraconstitucional, con la ley 9.507/97 tocó la campana, sin embargo, ésta fue silenciada por el anacronismo de la referida ley. Nuevamente, con el marco civil, la campana no puede ser tocada y la privacidad carente de una protección específica y diferenciada, pues el legislador prefirió remitir la protección de la libertad individual por las vías ordinarias.

REFERENCIAS

ABDO, Helena Najjar. **Mídia e processo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”**. São Paulo: Saraiva, 1988.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

ARMELIN, Donaldo. **Tutela jurisdicional diferenciada**. Revista de Processo. São Paulo, RT, RePro nº 65, ano 17, janeiro-março 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v. 2º.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer SR-37**. 08.10.1988. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=7882>>. 21 agosto de 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Lei Nº 8.038**, De 28 de Maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Lei Nº 9.507**, de 12 DE Novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9507.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2016.

CARANZA, Ernetsto Araujo. **El derecho a la información y la protección de datos personales en México**. México: Editorial Porrúa, 2009.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O habeas data no sistema jurídico**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 97, 2002.

DOMÍNGUEZ, Karla Cantoral. **Derecho de protección de datos personales de la salud**. México: Editorial Novum, 2012.

FALCON, Enrique M. **Habeas data: concepto y procedimiento**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

GONÇALVES, Renato Afonso. **Os bancos de dados nas relações de consumo**. 2000. Disertación (Maestría en Derecho) - Pontificia Universidad Católica de São Paulo. São Paulo, 2000.

MALERBI, Diva Prestes. **Perfil do habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **SOS Mandado de injunção**. En: *Jornal do Brasil* 11 de setembro de 1990, p. 09. Disponible en http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=030015_11&PagFis=16277 consultado el 13.06.2014

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista de los Tribunales, 2010, p. 187.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PIERINI, Alicia; LORENCES, Valentín; TORNABENE, Maria Inés. **Habeas data: derecho a la intimidad: derecho a informar, limites, censura, derecho a réplica, reserva de las fuentes, real malicia, delitos de la prensa. Derecho informático, banco de datos electrónicos, telemática, controles y responsabilidad, internet**. CIDADE: EDITORA, DATA.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. **Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial**. São Paulo: Malheiros, 1992.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. **Habeas Data Tutela Jurisdicional da Privacidade, Aspectos Processuais**. Disertación de la Maestría en Derecho por la Pontificia Universidad Católica. São Paulo: Outubro de 2013.

SACCO NETO, Fernando. **Cadastros de proteção ao crédito**. CIDADE: EDITORA, ANO.

SAGÜES, Néstor Pedro. **Manual de derecho constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro; SERRA, María Mercedes. **Derecho procesal constitucional de la Provincia de Santa Fe**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998.

SILVA, José Afonso. **Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

TALAMINI, Eduardo. **O processo do habeas data: breve exame**. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, nº 101, año 26, janeiro 2001.

THIABAU, Tereza Cristina S. Baracho. **O habeas data**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZAUHY FILHO, Wilson. **A proteção do direito a privacidade à luz da informática: o direito ao habeas data – liberdade informática e autodeterminação de dados**. CIDADE: EDITORA, ANO.