

Habeas data colectivo

Cecilia María Aurora CORZO

Abogada, alumna de la Carrera de Especialización en derecho Procesal USAL. Ciclo Lectivo 2012.

Afiliación Institucional:

Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Correo electrónico

07@hotmail.com

Resumen

Al analizar el habeas data, debemos considerar la finalidad protectora o garantista y, bajo esa óptica, comprenderemos la amplitud de esta figura legal. En la actualidad, el tratamiento de los datos personales acarrea varios peligros, al mismo tiempo que genera un inmenso poder social denominado “poder informático”; ello denota un nuevo horizonte al cual debe necesariamente expandirse la protección de esta figura. Se encuentra legislada en el art. 43 de la Constitución Nacional en tanto (dado que) es una garantía de tercera generación protectora de derechos que, intrínsecamente, son, a la vez, individuales y colectivos; y también está legislada en la ley 25326 “De Protección de Datos Personales”. Dentro de este contexto, planteamos que la protección de los datos personales se amplía día a día; y, a fin de instrumentar una protección efectiva, hoy debe considerarse: 1- Quiénes se encuentran legitimados para poner en marcha el andamiaje judicial; 2- La naturaleza o esencia del derecho/interés afectado, ya sea un derecho personal o subjetivo, de incidencia colectiva o un interés difuso; 3- La finalidad protectora o garantista del habeas data en nuestro régimen legal. Cabe preguntarnos si la protección de un dato personal que en un principio importa solo a esa persona puede hacerse extensiva y permitir la defensa judicial de un conjunto de individuos que ven lesionado su derecho a la intimidad, a la privacidad, a la autodeterminación informativa, al honor, a la voz, a la imagen, a la identidad personal, a la verdad, a los valores familiares, al patrimonio frente a una misma conducta en el tratamiento de sus datos personales. Un derecho que es personal o subjetivo, como la intimidad y el honor (art. 1, ley 25326), puede ser lesionado por una misma acción y afectar a un conjunto de personas simultáneamente.

Abstract

When analyzing the habeas data right we must consider its protective purpose and from this point of view we will understand the extent of this legal figure. Currently, the treatment of personal data involves many risks and at the same time it generates a huge social power called “information power”. This denotes a new horizon to which the protection of this figure must be expanded. This figure is legislated in the article 43 of the National Constitution since it is a third generation guarantee that protects the rights that are intrinsically individual and collective at the same time. It is also legislated in the “Data Protection Act”, law No. 25326. Within this context, we consider that personal data protection is expanding every day and with the aim of implementing an effective

protection it must be considered: 1 who are legitimated to get under way the legal framework; 2 the nature or the essence of the right and/or the interest affected, whether it may be a personal or subjective right, if it has a collective incidence or if the interest is diffuse; and 3 the protective purpose of the habeas data right in our legal system. It is worth asking ourselves if the protection of a piece of personal data that only affects one person in principle, can be extended and allow the judicial defense of a group of individuals that consider that the same conduct in the treatment of their personal data affect their right to intimacy, privacy, information self-determination, honor, voice, image, personal identity, truth, family values and assets. It is observed the way in which a right that is personal or subjective such as intimacy and honor (art. 1, law No. 25326) can be affected by the same action and can affect a group of people simultaneously.

Palabras Claves (Keywords)

Protección de datos personales	personal data protection
Legitimación procesal	procedural legitimation
Habeas data colectivo	Collective habeas data

I.-Introducción

El tema a desarrollar presenta varias aristas que obligan a analizar, por un lado, el de la legitimación prevista por la Ley 25326 para el ejercicio de la acción de protección de los datos personales, la naturaleza o esencia de los intereses difusos no siempre identificados con los derechos de incidencia colectiva; y, por otro, la finalidad protectora o garantista del Habeas Data inmersa en el art 43 de la Constitución Nacional.

Nuestro punto de partida será comprender que el habeas data tiene por objeto permitir a toda persona conocer cualquier información que le concierna a ella o a su grupo familiar (en caso de fallecimiento o incapacidad de alguno de los miembros de este) obrante en registros, archivos, bases o bancos de datos públicos y privados; además, este derecho autoriza a que se le proporcione a todo individuo la fuente, origen, finalidad o uso que de sus datos hagan, así como también lo faculta para requerir su rectificación, actualización, supresión o confidencialidad cuando el tratamiento de informes personales lesione o restrinja algún derecho.

II-Protección de los datos personales en la actualidad

Es necesario abordar la importancia que adquiere el tratamiento de los datos personales en la actualidad a fin de conocer los peligros que se pueden derivar de esta materia que amplía potencialmente el ámbito de funcionamiento de la protección de los datos personales. Pues, tal como sostiene el Dr. Masciotra, Mario: “El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección, almacenamiento y procesamiento de información y el desplazamiento de los registros manuales o mecánicos por las bases y bancos de datos, lo que trajo aparejados la aparición y avance de la informática, ha otorgado a los “datos personales” un rol descollante. A la rapidez en el acopio de la información, se le suma la simultaneidad de su transmisión, sin restricciones de distancia, la perdurabilidad de los registros y la posibilidad de su alteración o extinción, o bien, la capacidad de procesar los datos, vincularlos y obtener, así, un nuevo producto; todas esas

posibilidades generaron el advenimiento de un nuevo e inmenso poder social, el “poder informático”¹.

La fuerza de penetración de la informática y su utilización generalizada la ha transformado en un instrumento sumamente eficaz para la obtención y circulación de la información. La realidad cotidiana nos enfrenta a numerosos peligros que provoca dicha actividad, entre los cuales, podemos señalar:

- La información en poder de las autoridades y para finalidades que se presumen lícitas no deja de conformar un cuadro preocupante para la libertad personal.
- El tratamiento de datos referidos a cuestiones íntimas de las personas, tales los atinentes a la religión, raza, ideología, opinión política, posición filosófica, tendencias psicológicas, prácticas deportivas, relaciones sexuales, situaciones familiares y parentales (origen de los nacimientos), conformación física, padecimiento de determinadas enfermedades, hábitos y vicios, pueden originar conductas discriminatorias por parte de los responsables y usuarios de dicha información.
- Las innumerables situaciones en que se lleva a cabo el tratamiento de datos sin consentimiento del titular de estos.
- La utilización de la información con fines distintos para los que fueron obtenidos.
- El entrecruzamiento de la información verídica, su desnaturalización y pérdida de la finalidad legítima. La interconexión de información confiere a datos que individualmente no tienen mayor trascendencia la posibilidad de configurar, al unirlos a otros, un perfil determinado sobre una o varias características del individuo, que este tiene derecho de preservar y de exigir que permanezcan en su ámbito de privacidad
- El mantenimiento en los bancos de datos de información innecesaria por haberse agotado la finalidad de su registración, el plazo legal o contractual establecido.
- El impedir que los titulares de los datos personales tomen conocimiento de referencias que les conciernen; dificultar su corrección, actualización, supresión o requerimiento de confidencialidad respecto de aquellos cuya transmisión se halla vedada o sean utilizados para fines distintos o incompatibles con los que motivaron su obtención.
- El advenimiento de la red de redes más extendida del planeta, Internet, permite penetrar impunemente en la información subjetiva y personal, amén de causar el uso ilícito de las herramientas informáticas y provocar perjuicios en sistemas y bancos de datos.

Asimismo, podemos enunciar los sistemas de protección de los datos personales; es necesario consagrar un marco normativo adecuado que logre un equilibrio entre quienes reclaman la mentada “libertad informática”, sucedánea de la libertad de expresión y de la prerrogativa de ejercer toda actividad comercial e industrial lícita y el “derecho a la protección de datos” de que gozan todas las personas, físicas o jurídicas. Podemos distinguir:

¹ MASCIOTRA, Mario “La acción de Habeas Data, Una garantía instrumental tuteladora de derechos fundamentales”, Revista de Derecho Procesal N° 2 (2008) Ed. Rubinzal Culzoni, ps. 255-291.

Sistema estadounidense: permite y facilita un libre flujo de información; a la vez, ha dictado leyes sectoriales en áreas específicas y concretas, lo que conformó un complejo entramado de regulación, tanto a nivel federal como estadual; así, los afectados gozan de acciones individuales en el ejercicio de derechos otorgados por normativas que protegen la privacidad de las personas.

Sistema europeo: Asienta el principio de que cualquier actividad relativa al procesamiento de datos personales está prohibida, salvo cuando está permitida; a diferencia de la legislación estadounidense que se sustenta en que todo está permitido, salvo lo que está prohibido. La protección de datos personales asume en dicho sistema tres características básicas: 1- Los datos han de ser susceptibles de tratamiento automatizado; 2- Ha de existir la posibilidad de identificar el resultado del tratamiento de datos con su titular, y 3- El acceso y utilización de los datos ha de estar regulado.

Constitucionalismo latinoamericano: Consagró el habeas data como un derecho – garantía tendiente a proteger los datos personales que integra los derechos de tercera generación².

III- Recepción legislativa

Partiendo de la constatación de que el habeas data es una garantía de tercera generación en tanto es una garantía que protege algunos derechos que han evolucionado, corresponde definirlos como aquellos que intrínsecamente son, a la vez, individuales y colectivos: por ejemplo, el derecho a la paz, a un ambiente saludable, derecho al acceso, a la rectificación, a la verdad. Así, frente a los peligros que la revolución informática plantea (conforme a lo señalado en el punto anterior) han aparecido los derechos humanos de la libertad informática, derecho de tercera generación, protegido por una garantía de tercera generación: el habeas data³.

En nuestro derecho, encontramos al Habeas Data consagrado en el párrafo tercero del art 43 de la Constitución Nacional; dispone la herramienta procesal tendiente a la protección de los datos personales o vinculados con la propia persona del interesado; este derecho-garantía tiene por objeto permitir a toda persona conocer, rectificar, actualizar, suprimir y solicitar la confidencialidad de los datos personales que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes.

La ley 25326, “Ley de Protección de los Datos Personales”, establece los principios generales relativos a la protección de los datos, garantiza a toda persona el poder de control sobre su uso y destino con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la privacidad y demás derechos afectados; regula los derechos de acceso, rectificación, actualización supresión y confidencialidad; impone a los responsables de archivo, registros y bancos de datos y usuarios de datos ciertas y determinadas obligaciones en el tratamiento de datos.

Contempla la creación de un órgano de control y confiere marco legal a la “acción de protección de los datos personales o de habeas data”, regulación que es aplicable exclusivamente en el fuero federal y en el ámbito nacional. Carece de una norma específica que determine claramente su ámbito de aplicación como lo hace la legislación española y la directiva comunitaria 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta a su tratamiento de datos personales y a la libre circulación de ellos.

El art. 1 determina su objeto, que resulta sobreabundante por cuanto la ley no debe determinar su objetivo al ser dictada en cumplimiento de una norma constitucional que

² MASCIOTRA, Mario “La acción de Habeas Data. Una garantía instrumental tuteladora de derechos fundamentales”. Revista de derecho Procesal N° 2 (2008), Ed. Rubinzal Culzoni. Ps. 255-291.

³ CESARIO, Roberto, *Habeas Data*, Ed. Universidad. Buenos Aires, 2001, p. 104.

instituye una garantía instrumental (amparo específico), la cual, si bien operativa de por sí, es conveniente y razonable que sea reglamentada legislativamente. Asimismo, resulta contradictoria en el sentido de que tiene por objeto “garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas” y, en el párrafo siguiente, prescribe que sus disposiciones son también aplicables a “los datos relativos a personas de existencia ideal”; es sabido que estas no gozan del derecho al honor o a la intimidad, sino que revisten el carácter de titulares de un derecho a la identidad, al prestigio empresarial o a la buena imagen, cuya violación afecta intereses económicos, patrimoniales, comerciales o de posicionamiento en el mercado.

Por lo tanto, podemos sostener que esta garantía instrumental protege una diversidad de derechos: derecho a la intimidad, a la privacidad, a la autodeterminación informativa, al honor, a la voz, a la imagen, a la identidad personal, a la verdad, a los valores familiares, al patrimonio; no compartimos el objetivo legal limitado a garantizar el honor y la intimidad que señala el art. 1 de la ley 25326⁴.

IV-Acción de protección de datos personales

Se encuentra legislada a partir del capítulo VII, Art. 33, de la ley de protección de datos personales 25326.

Según el “objetivo” que mediante la acción se persigue, la doctrina sostiene la existencia de diversos tipos⁵ de habeas data:

-Habeas data informativo. Es el que tiene por objeto acceder a la información sobre si un determinado banco de datos, este puede ser 1)-Exhibitorio: su finalidad es observar cuáles son los datos registrados o qué se registro. 2)-finalista: responde a la pregunta para qué se registro. 3)-autoral: su objeto es saber quién obtuvo los datos registrados.

-Habeas data de actualización. Es el que actualiza o agrega un dato a un banco donde aquel no consta.

-Habeas data rectificador. Es el que tiene por objeto corregir una información errónea.

-Habeas data asegurativo. Asegura que determinadas referencias no sean divulgadas. Garantiza la privacidad y reserva de datos legítimamente almacenados.

-Habeas data de exclusión. Es el que tiene por finalidad excluir determinados datos sensibles de un registro. Ejemplo: se solicita eliminar la información que determina cuál es el comportamiento sexual de un sujeto o sus ideas religiosas.

La idea de considerar un habeas data colectivo exige abordar el tema atendiendo a tres aristas fundamentales que de alguna manera condicionan la procedencia y consecuente admisión de la acción de protección de datos personales:

a-legitimación para el ejercicio de la acción de protección de datos personales;

b-su naturaleza procesal, y

c- derecho y/o interés afectado.

IV.1.- Legitimación procesal

Dice Germán Bidart Campos que para acceder a la justicia con eficacia hace falta que quien pretende el servicio de justicia esté legitimado. La legitimación activa es la posición en que se halla la persona que demanda en relación al bien jurídico protegido por la norma que se pretende actuar. La entrada al proceso en la primera etapa de los derechos (etapa clásica o de primera generación) era determinada por alguien a quien se conocía, se personalizaba y sobre el que se proyectaban los requisitos de acreditar la

⁴ MASCOTRA, Mario. “Ámbito de aplicación del Habeas Data”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, ps. 314 – 317.

⁵ SAGUES, Néstor Pedro: Subtipos de Habeas data, nota a fallo, “J.A”, 1995, IV 352 A 355.-

pertenencia exclusiva del derecho invocado. Asimismo, se le requería que la pretensión lo encontrara en una relación de causalidad suficiente y adecuada con los hechos presentados.

En 1994, el sistema jurídico argentino ha reconocido los derechos de incidencia colectiva, es decir, aquellos que no pertenecen a una persona individual como en la primera etapa o generación, sino “a todos”. El constituyente ha entendido que hay bienes que son patrimonio de la colectividad y, por lo tanto, el derecho a su manutención deberá presumirse como de interés para el ente social; de allí que se los califique “de incidencia colectiva”.

Cuando nuestra Constitución legisla sobre la existencia de bienes que sirven para satisfacer intereses que no tienen una titularidad individual y exclusiva, sino colectiva o extendida, en realidad lo que hace es permitir el acceso sobre esos bienes de todos los ciudadanos, en paridad, sin distinción y sin permitir la aprehensión particularizada (patrimonialista en el sentido clásico).

Encontramos a la acción de protección de datos personales, legislada en el capítulo VII de la ley 25326, a partir del Art. 33. En materia de sujetos legitimados para interponerla, procedemos a la transcripción del texto legal (Arts. 34 y 35).

- ARTICULO 34: (Legitimación activa). *“La acción de protección de los datos personales o de hábeas data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado. Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que estas designen al efecto. En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo”*.

-ARTÍCULO 35: (Legitimación pasiva). *“La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes que el artículo 36 establece”*.

Sin embargo, no debe dejarse de lado lo establecido en el art. 43 de la Constitución Nacional, que faculta a “toda persona” a interponer la acción de habeas data, es decir, a toda persona que sea titular o tenga interés legítimo en esos datos, no cualquier persona ajena a la información. Parte de la doctrina, como Oscar Puccinelli, formula la posibilidad de interpretar el artículo en su totalidad, vinculándolo en todas sus partes, considerando que si se atiende a la acción de amparo, el habeas data puede ser interpuesto por el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que persigan esos fines. Debemos tener en cuenta que el defensor del pueblo tiene como deber “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados” en la Constitución⁶.

Al hablar de “persona”, se refiere tanto a las personas de existencia física como a las de existencia ideal, aclaración de la que se ocupa la Ley 25326, la que hace extensivas sus normas, “en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal”. Indudablemente, en estas últimas no estará afectado el derecho a la intimidad o a la privacidad, pues ellas carecen de ese carácter; sí estamos frente a un derecho a la identidad o a la buena imagen de las personas jurídicas que se proyecta en el nombre comercial o en el valor del fondo de comercio o en la marca de sus productos y el prestigio que estos tienen. Si bien las personas jurídicas carecen de intimidad y honor en el mismo sentido que las personas físicas, pueden sufrir serios daños emergentes de informaciones falsas, inexactas o desnaturalizadas relativas a cambios de autoridades, ilícitos cometidos en su seno, su solvencia, etc.

⁶ RAMÍREZ SALINAS, Liza Analy (2003) “El Habeas Data”. Capítulo II, PAG. 7-9. Disponible en www.rmg.com.py.

La protección de datos personales tiende a resguardar una pluralidad de derechos de los que las personas jurídicas son titulares; por lo tanto, corresponde incluirlas en el campo de aplicación de la presente regulación legal. En el mundo desarrollado se ha instalado el concepto de “ciudadanía corporativa”, que parte de la idea de la empresa como ciudadano; y, en tal carácter, es sujeto de derechos y obligaciones⁷.

Las personas de existencia ideal gozan del derecho de acceso a los datos que constan en archivos, registros, bases o bancos de datos públicos o privados; y, en caso de inexactitud, exigir su rectificación o actualización; si el tratamiento fuera ilegal, solicitar su supresión; y, si generase discriminación, peticionar su confidencialidad. A las sociedades y asociaciones, al igual que a las personas físicas, les asiste el derecho de preservar su prestigio, imagen, solidez, confiabilidad y seriedad. (FALLO de la Corte Suprema, MATIMPORT S.A S/MEDIDA PRECAUTORIA 19-03-1999, publicado).

Sin desconocer los problemas que la ampliación de la legitimación activa en estos casos podría acarrear, cabe considerar que en el segundo párrafo se lo faculta al Defensor del Pueblo a articular amparos; también, quedan facultadas determinadas asociaciones en razón de la gran cantidad de violaciones a los derechos humanos que se producen, y teniendo en cuenta que esa actividad dañosa involucra a cientos o miles de personas de las cuales una importante cantidad no accionan por mero desconocimiento, temor, costos, etc.

IV.2.- Naturaleza procesal de la acción de Habeas Data

Cuando se reformó la Constitución Nacional en 1994, se produjo un gran debate respecto al trámite a aplicar a la ley de habeas data; durante las deliberaciones, se plantearon numerosas posturas: desde equiparlo al amparo o al habeas corpus hasta otorgarle un trámite especial propio y distinto del amparo. Ante esta disyuntiva, se recurrió a las reglas del amparo en toda su extensión, lo que incluía los requisitos de admisión de esta figura del derecho procesal constitucional (tales como el plazo de caducidad o la exigencia de arbitrariedad en el acto atacado). La cuestión fue luego zanjada por el art.37 de la ley 25326 en virtud de la cual se dispone que, en primer lugar, el habeas data tramitara “según las disposiciones de la presente ley”.

En la jurisprudencia, se habían perfilado nítidamente varias posturas:

1-Una tesis equipara el habeas data al amparo y le aplica todos sus recaudos: sostiene que el habeas data es un amparo, o una subespecie de amparo.

2-Una tesis intermedia sostenía que solo se le aplican algunos supuestos del amparo y al cual se recurre solo excepcionalmente en lo que el procedimiento del habeas data nada diga, pero sin aplicar las restricciones del amparo cuando se trate de bancos de datos privados, que se rigen por el código procesal civil y comercial.

3- Finalmente, la tesis que deslinda completamente al amparo del habeas data es la que se está imponiendo actualmente en la jurisprudencia y la doctrina, y lleva a la inaplicabilidad de la mayor parte de las normas restrictivas del amparo.

En el fallo “Martínez c/ organización Veraz”, la Corte deslinda, por último, el perfil del habeas data de la garantía del amparo. El voto de la mayoría dice en el considerando 4 que la procedencia de la acción de habeas data está limitada a la verificación de los recaudos dispuestos en la ley reglamentaria, es decir, se lo limita solo a lo dispuesto en el art. 33 de la ley 25.326. Se está excluyendo entonces la “arbitrariedad” o “ilegalidad manifiesta” exigida al amparo, pero no se lo funda en la Constitución, sino en la ley 25326⁸.

⁷ MASCOTRA, Mario. “Ámbito de aplicación del Habeas Data”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, ps. 314 – 317.

⁸ PALAZZI, PABLO A. “La naturaleza jurídica del Habeas Data (a propósito del caso “Martínez c/organización Veraz”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 373.

La doctrina nacional se halla dividida en torno a la naturaleza procesal de la acción de habeas data: están quienes lo definen como un proceso constitucional autónomo, exento de los presupuestos y condiciones de amparo tradicional, y quienes la consideran como una modalidad del amparo con características propias, pues son inaplicables los presupuestos de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que exige la primera parte del art. 43 de la Constitución Nacional; en cambio, tiene, sí, el carácter incondicional como vía rápida en cuya aplicación la jurisdicción opera en función protectora⁹.

Nos enrolamos en la postura que considera a la acción de habeas data como un amparo específico, pues goza de los elementos esenciales intrínsecos de la acción de amparo; al tratarse de una pretensión urgente que requiere satisfacción oportuna exige: celeridad, ausencia de condicionamientos, sencillez, viabilidad de declaración de inconstitucionalidad de normas, un desarrollo procesal de bilateralidad atenuada, privilegio del logro de sus objetivos frente al rigorismo de las formas y la protección de los derechos constitucionales; difiere, en cambio, de los elementos accidentales de la pretensión amparística, pues en aquella no es exigible ni la violación o amenaza por acto u omisión de autoridad pública y de particulares, en forma actual o inminente, de un derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución Nacional, tratado o disposición legal, ni la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo.

La acción de habeas data inmersa en la jurisdicción protectora constituye una vía tuteladora específica dentro del concepto genérico del amparo por cuanto se identifica con todos sus elementos esenciales. Reclamamos el carácter de amparo de esta garantía instrumental para que ella transite por carriles libres de cualquier condicionamiento formal para su admisibilidad y procedencia y nos conduzca a una decisión jurisdiccional urgente y oportuna; en dicho proceso deberán satisfacerse los principios de igualdad de las partes y congruencia, con una bilateralidad atenuada y un activismo judicial que ejerza en forma inmediata el control de legalidad y constitucionalidad y restablezca plenamente los derechos fundamentales que han sido violados. Desde la praxis, esta conceptualización genera tres consecuencias: la aplicación del principio *in dubio pro amparo*, la inconstitucionalidad de la exigencia previa para deducir la acción tendiente a lograr la rectificación, actualización, confidencialidad o supresión de datos que prescribe el art. 16 de la ley 25326 y, por último, se encuentra exenta de la mediación obligatoria previa que impone la ley 24573.

IV.3.- Derecho y/o interés afectado

Siempre ha existido alguna distancia entre el derecho de fondo a que una persona podía considerarse titular y la posibilidad práctica de pedirlo en justicia. Si bien, ya desde el derecho romano, el pretor decía “dame el hecho, yo te daré la acción,” en la práctica, a veces, se presentan dificultades. Así, en el siglo XIX se distinguía el derecho subjetivo propiamente dicho o primitivo —propiedad, libertad, etc.— del todavía no reconocido por la autoridad pública llamado interés o derecho en expectativa, que dependía para su nacimiento de un acto de la administración: recién entonces se tornaba adquirido y tenía tutela como el primero. Nace, así, en derecho administrativo, la distinción entre derecho subjetivo, con plena tutela administrativa y judicial, y el interés legítimo. Del segundo se dirá durante más de un siglo que a veces tiene tutela judicial en los sistemas llamados contencioso administrativos, pero no la tiene en otros sistemas como el judicial vigente en nuestro orden nacional. De allí, con el correr del tiempo, en Europa, pasamos, incluso, a la responsabilidad por los intereses legítimos.

⁹ MASCOTRA, Mario, “La protección cautelar en la acción de Habeas Data”, Revista de derecho Procesal Nº 2 (2008). Ed. Rubinzal Culzoni. p. 236.

En nuestro país, existieron también innovaciones, aunque mucho más tardías, jurisprudenciales y doctrinarias, en la admisión de la tutela judicial de los intereses difusos en las acciones de clase. En sus primeras etapas, se las admitió especialmente para la tutela del medio ambiente, y aún hoy constituyen la vanguardia de la innovación y el grueso de los precedentes. Dieron lugar, sin embargo, a una fuerte y, a veces, acérrima defensa del orden constituido.

Algunos autores y fallos mantuvieron posiciones restrictivas de una tutela judicial amplia y efectiva, incluso luego de la reforma constitucional, como si ella no hubiera ocurrido y no existieran tratados internacionales que cumplir. La discusión ha quedado resuelta claramente, al menos en este punto, por el sistema jurídico, no solamente en materia ambiental con los arts. 41 y 43, segundo párrafo de la Constitución, sino antes de ella con la ley de defensa del usuario y del consumidor y otras normas que confieren amplia legitimación judicial. El usuario lo es de servicios públicos, el consumidor lo es de bienes y servicios prestados en libre competencia. Cabe agregar al afectado y al vecino, pero aun es materia discutida si un legislador que invoca su calidad de tal puede tener la misma legitimación del vecino, afectado, usuario, etc.

En particular, la Constitución de 1994 introduce en el art. 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo e, incluso, del interés difuso. Del mismo modo, la amplísima legitimación que existe para denunciar la violación a derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituye una fuerza expansiva necesaria de la legitimación en el ámbito interno, aunque no todos estén todavía dispuestos a admitirlo. Esa amplia legitimación lleva también, inexorablemente, a que los efectos de la sentencia puedan en definitiva ser erga omnes.

Podemos definir:

-***“Derechos difusos”*** como aquellos que se subjetivizan en cada individuo, y permiten, a cada titular, no la apropiación o disposición exclusiva y excluyente del bien, sino su uso y goce compartido con el conjunto social, adecuado a las respectivas necesidades y situaciones. El bien sobre el que recae no admite la calidad de dominio necesariamente, sino la de “utilización indiferenciada”. Sus titulares son indiferenciados, sin perjuicio de que puedan ser individualizados de manera concreta como víctimas de una lesión o amenaza.¹⁰

-***“Derechos de incidencia colectiva”*** son los que afectan a un sujeto particularizado; pero, por sus características y posibilidad de generalización del conflicto, todo cuanto los lesione o los reconozca excede el mero marco individual y despierta el interés social y el del orden jurídico. A diferencia de los intereses difusos, los bienes sobre los que recaen permiten por su naturaleza ejercer sobre ellos una titularidad exclusiva y excluyente, cuando no, según el caso, su apropiación individual absoluta. Un derecho de incidencia colectiva es un derecho propio (a la manera de los subjetivos clásicos) tanto en la titularidad como en el uso, goce o apropiación del bien sobre el que recae.

En cuanto a la legitimación, la diferencia entre ellos puede ser considerada meramente académica; en efecto, el afectado directo y material no puede plantear amparo colectivo; este estará en manos de los legitimados funcionales; salvo que se reconozca la existencia de acción popular. Por otro lado, ni las legitimaciones populares ni las funcionales pueden desplazar al individual en la defensa del interés propio. Si bien esto lo explica el Dr. Rivas, en materia de amparo colectivo cabe, conforme a la postura tomada sobre la naturaleza procesal de la acción de habeas data, su aplicación con la particularidad de que

¹⁰ RIVAS, Adolfo Armando. “El Amparo”. Pág. 764, Ediciones La Roca. Buenos Aires, 2003.-

varían según el objetivo que tenga la acción de protección de datos personales y según quienes sean los afectados¹¹.

Resulta de todo ello que el tema del derecho subjetivo *stricto sensu* esté destinado a perder importancia a medida que se extiende la tutela a otras situaciones; el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora, tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo. Esta tendencia superadora viene siendo preanunciada en todos los ordenamientos contemporáneos. Es cada vez más frecuente en el derecho comparado englobar en un solo concepto el derecho subjetivo y el “interés personal, legítimo y directo.”

Es más, este, a su vez, resulta comprensivo, en determinadas situaciones, de los intereses colectivos, intereses difusos, intereses comunitarios, preservación de la legalidad urbanística, protección de los derechos de los vecinos, adecuada prestación de servicios públicos y el mismo interés público o de la colectividad.

La experiencia bien indica que los derechos colectivos son más legítimamente defendidos por entidades no gubernamentales o vecinos, usuarios, afectados, que por las administraciones públicas, ya que estas últimas son frecuentes agentes de daño y no de protección jurídica, sujetos pasivos antes que activos de la pretensión de tutela.

En España, en lugar de extender el concepto de interés legítimo a los supuestos de intereses difusos, como es el caso del medio ambiente y la reparación del daño ambiental, recurren a la figura de la acción pública, con lo cual obtienen el mismo resultado a través de una acción diferenciada. De todas maneras, la tutela judicial que garantiza la Constitución española lo es tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo. En nuestro derecho, antes de la reforma constitucional, se alzaban algunas voces contra la ampliación de la tutela judicial; pero es una posición no factible de ser mantenida luego de la reforma constitucional de 1994.

Las normas administrativas han comenzado a reconocer, indistintamente, “a los particulares, grupos de ellos...,” lo cual también reconoce, en ese nivel normativo, dicha legitimación colectiva, máxime que la norma dice procurar “sinergias positivas.” Incluso, cuando el ordenamiento constitucional reconoce en forma amplia la legitimación por los derechos de incidencia colectiva, en los primeros años de la reforma constitucional su aplicación fue limitada. El detonante provino de las múltiples lesiones a los millones de usuarios telefónicos, quienes llevaron a miles de amparos iguales y, por ende, al convencimiento material de que eso carecía de sentido y de utilidad práctica no solamente para los justiciables, sino también para la justicia. La CSJN rechazó algunos de esos planteos que, en consecuencia tramitaron por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por privación de justicia. En cualquier caso, la jurisprudencia federal de los demás tribunales fue afirmando cada vez con más fuerza esa legitimación que llegó —en un círculo completo— virtualmente al principio del pretor romano enunciado al comienzo de este capítulo y ahora consagrado en la Constitución. Ese proceso de adaptación comenzó en Schroder respecto del medio ambiente, cuando el tribunal dijo “el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada [...] ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?”

El criterio se extendió a distintos servicios públicos y grandes proyectos estatales para llegar a la conclusión de que “como tiene dicho esta Cámara, remitiendo en última instancia la legitimación a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la

¹¹ RIVAS, Adolfo Armando. “El Amparo”. Pág. 765, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2003.

legitimación equivale a negar el derecho) no cabe [...] sino solo apreciar [...] la concurrencia de un interés tutelable.”¹².

IV.4.- La legitimación en los derechos de incidencia colectiva

El principio general: el principio constitucional, como lo tiene interpretado la Corte desde Siri y Kot, es que las garantías constitucionales son directamente operativas, y el juzgador debe suplir las omisiones del legislador. Como también lo sostuvo la Corte in re Ekmekdjian,¹³ aun cuando el texto requiera expresamente del dictado de una ley reglamentaria, una irrazonable demora del legislador no puede obstar a su aplicación jurisdiccional. De nada valdría el capítulo que incorporó “nuevos derechos y garantías” si hubiera que esperar a la ley o quedar supeditado a ella. Debe necesariamente recurrirse a la interpretación y aplicación directa de la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos que ella ha incorporado a su propio texto.

Dice el Dr. Rivas: “Sea que se trate de un derecho difuso o de uno de incidencia colectiva, según el bien sobre el que se opere, los efectos beneficiosos de la actuación individual no operarán de iure sobre otros sujetos, sino que podrán ser –según el caso– aprovechados de hecho por el conjunto social, con lo que se produce su aproximación, en cuanto a los resultados concretos, a las acciones que pudiera llevar a cabo el defensor del pueblo o las asociaciones referidas por el art. 43 de la CN.”¹⁴.

V- Legitimación procesal en el habeas data colectivo

La calidad del trámite a desarrollar, así como sus condiciones y presupuestos, no pueden ser analizados desde la tradición normativa y jurisprudencial del juicio de amparo, porque el habeas data es un proceso constitucional diferente. El marco general lo propicia el artículo 34 (legitimación activa); sostiene que la legitimación para obrar no es común para todos los casos, pues depende del objeto que se pretenda. Diferentes son los requisitos si uno persigue el “derecho de acceso” a las fuentes de información; o se quiere un “control sobre la base de datos”, o es otra la pretensión procesal.

A-Si el caso fuera conocer la información, los probables intereses serían:

- 1) saber sobre la formación y existencia de los bancos de datos;
- 2) tomar conocimiento del acopio informativo personal que se tenga, y
- 3) la finalidad o destino que tienen esos registros.

La norma constitucional, como se dijo, vincula el conocimiento con la finalidad de ellos, circunstancia que demuestra la necesidad de acreditar algo más que un interés sobre los archivos; debe el demandante fundamentar las razones que, según entiende, lo habilitan para ser informado de las fuentes y los objetivos que con los datos levantados se persigue. El derecho a saber su incorporación en una base de datos, incluye, también, al anoticiamiento sobre la permanencia.

La forma en que se conocen los datos puede ser voluntaria, en cuyo caso estamos fuera del marco que precisa el habeas data; o también puede ser provocada a través de las acciones judiciales pertinentes que al efecto se encaminen. La información directa se brinda a través de la consulta en los ficheros, o visualizándola si los datos fueran telemáticos o informáticos. En cambio, es indirecta cuando se obtiene mediante escrito, copias, fotocopias u otro medio similar que no requiera el uso de dispositivos mecánicos específicos. Para Velázquez Bautista¹⁵, la ejecución del derecho de acceso conlleva una

¹² Gordillo, Agustín, Disponible en www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo_3.

¹³ RIVAS, Adolfo A., *El Amparo*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2003, p.777.

¹⁴ RIVAS, Adolfo A., *El Amparo*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2003, p.777.

¹⁵ GOZAINI, Osvaldo A., “Habeas data- Sujetos procesales”. Disponible en www.abogarte.com.ar

serie de exigencias o deberes a realizar tanto por el titular de la base de datos como por el titular del derecho.

Es la obligación de comunicar los datos encontrados al titular del derecho de acceso, comunicación que, según especifican las leyes de protección de datos, debe realizarse en forma comprensible, es decir, de manera que pueda entenderse. El libre ingreso a los archivos informáticos o manuales puede limitarse cuando existan situaciones de reserva o secreto o la difusión provoque inseguridad en las instituciones o, el mismo Estado atraviese por circunstancias de excepción (estado de sitio, por ejemplo).

B-Si la pretensión fuera de control sobre las bases de datos.

La cuestión reconoce variantes. Desde la óptica de las acciones tendientes a dar eficacia al control, las pretensiones se desglosan. La necesidad de saber sobre datos personales que se ingresan en bancos de información públicos o privados constituye un aspecto del derecho a la información que no puede ser contrariado sin dar excepciones válidas o razonables. Es el derecho de acceso que señalamos en el punto anterior, el cual se puede incoar ante el archivo, es decir, directamente al registro que lo contiene; y, *facultativamente, a través del habeas data, ante la renuencia de los organismos a suministrar la información que se pide, o por intentar el reclamo como acción directa.* En algunas legislaciones, el impedimento o la obstaculización del ejercicio al derecho de acceso o la negativa a facilitar los datos que se solicitan son causales graves que pueden llevar a la sanción de los funcionarios o a cancelar la autorización para tener sistemas informáticos de almacenamiento.

C- La facultad de requerir la cancelación o la corrección de los datos inexactos: otorga el denominado derecho al olvido, esto es, el principio a tenor del cual ciertas informaciones (v.gr. antecedentes penales prescriptos) deben ser eliminadas de los archivos transcurrido un determinado lapso, desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado.

La corrección de los archivos puede efectuarse por el mismo sistema que los contiene, sea ya por la aclaración que formule el individuo, o por la información corroborada por la base de datos. Estos organismos de registración, públicos o privados, *generalmente pueden oponerse a las rectificaciones cuando ellas se promueven por quienes no son directamente interesados, excepción hecha de las pretensiones sostenidas por personas que invoquen un legítimo interés y la conservación de los datos les provocare riesgos o daños inminentes.*

D-Si la idea es actualizar los datos registrados, debe acreditarse la inutilidad de los trámites administrativos dirigidos a obtener el pedido. De otro modo, se llevan a la justicia cuestiones de naturaleza administrativa que harían de la función jurisdiccional un auténtico notariado.

E- Un supuesto más a considerar es el derecho de rectificación o respuesta con relación al habeas data. El derecho a réplica, también conocido como derecho de rectificación y respuesta, que no se encuentra aún legislado en el ordenamiento positivo, tiene plena captación a través del "bloqueo de constitucionalidad" que conforman los tratados incorporados en el artículo 75 inciso 22.

Particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos norma en el art. 14 que: "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su

rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley". La dimensión del problema se vincula con la difusión que pueden hacer los medios de prensa de datos que conozcan sobre ciertas personas y los reproduzcan en una nota periodística con los posibles perjuicios que esto les causaría.

El artículo 43 de la Constitución Nacional, y el agregado final que tiene el artículo 1° de la ley, disponen que "no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística", y dejan en claro que el habeas data no se puede utilizar como remedio alternativo para el derecho de réplica. En los hechos, la norma le otorga a la prensa la posibilidad de escudarse tras este derecho al secreto profesional para evitarle la revelación de las fuentes donde obtuvo los datos que publica o difunde. Pero el sujeto interesado debe tener, entonces, una vía útil y efectiva para conocer los registros que de él se tienen, así como para rectificarlos, actualizarlos o pedir su anulación. Si no los tiene, existe una omisión inconstitucional.

El derecho público provincial ejemplifica la preocupación del constituyente por esta situación. En Río Negro, la carta superior establece el "amparo informativo", reglamentado en la ley 2384. Ella dispone la procedencia de "la acción de amparo informativo en favor de toda persona física o jurídica que temiera ver perjudicados su privacidad, su honor o el goce completo de sus derechos, según el caso, ante informaciones agraviantes o inexactas vertidas a través de cualquier medio de difusión". La coincidencia entre las disposiciones aparece en la "información inexacta", pero la diferencia estriba en los motivos que acuden para fundar una u otra pretensión.

Mientras el derecho a réplica supone obtener un medio equivalente al que difunde o reproduce un dato equívoco que nos agravia para perseguir su correcta exposición; el derecho de rectificación presente en el habeas data concierne al derecho de acceso a los bancos de datos para lograr cualquiera de las pretensiones a que ya hicimos referencia. De esta manera, dice Velázquez Bautista¹⁶, se configura el derecho de rectificación aplicado a los servicios de información electrónica como una garantía más, un plus, que coadyuva a proteger los bienes involucrados en un tratamiento automatizado de datos de carácter personal, los cuales pueden lesionarse con la difusión de informaciones inexactas a través de los servicios de información periodística, situación que ya se ha dado en la práctica.

En líneas generales, podemos decir que, a pesar de la amplitud que profesa el término "toda persona" con que empieza el párrafo tercero del art. 43 citado, ***la acción solo es posible para quien acredite un interés directo y un daño potencial o cierto que lo habilite al reclamo, tal como expone el artículo 38 inciso 2° de la ley.***

Cierto sector doctrinario (Falcón, Ekmekdjian), inspirados en el carácter constitucional de la medida, admiten que la legitimación sea amplia e irrestricta, y encolumnan tras las personas físicas (quienes pueden actuar por sí o por medio de representaciones convencionales), los casos de ausencia (las legitimaciones del Defensor oficial), de herederos o sucesores universales (en resguardo del honor u otros derechos del difunto), las personas jurídicas y el Defensor del Pueblo. Palazzi, inclusive, sostiene la posibilidad de realizar un habeas data colectivo en los casos de discriminación. Cifuentes¹⁷, entre otros autores, mantienen el "carácter personalísimo" de la garantía, y agregan que, en ciertos supuestos, "es una variable del derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional".

El que peticona o reclama está vinculado siempre a algún derecho o interés; por ejemplo, la información totalmente privada que pertenece a la esfera de la intimidad y constituye un auténtico derecho al secreto absoluto, no puede ser difundida, aunque

¹⁶ GOZAINI, Osvaldo A., "Habeas data- Sujetos procesales". Disponible en www.abogarte.com.ar.

¹⁷ GOZAINI, Osvaldo A., "Habeas data- Sujetos procesales". Disponible en www.abogarte.com.ar

podiera estar registrada (v.gr.: enfermedades psicosociales que informa una historia clínica). Mientras que otro tipo de registraciones eluden la condición de privacidad y se instalan en la dimensión de informaciones públicas que procuran una mejor administración del Estado (v.gr.: Registro Civil, Registros de la propiedad inmobiliaria o automotor, Policía Federal, Colegios, Universidades, Obras Sociales, Clubes, Compañías de Seguros, etc.), o el cumplimiento adecuado de ciertas obligaciones constitucionales (v.gr.: los registros en padrones).

Esta división pone de manifiesto que hay una esencial distinción entre el "titular" de los datos, y quienes los administran. "Estos últimos tienen cuatro obligaciones básicas: a) estar legitimados para haberlos obtenido; b) llevar un correcto registro sin incurrir en falsedades, lo que incluye, también, su actualización; c) asegurar su confidencialidad y no proveer de información, sino mediante autorización del titular o a requerimiento de autoridad competente, y d) evitar su destrucción o deterioro"¹⁸.

En el supuesto del *habeas data tendiente a lograr la confidencialidad*, reserva o directa exclusión de los datos registrados, se acentúa el carácter personalísimo y, por tanto, la necesidad de acreditar la relación procesal que se invoca. Para iniciar la protección solicitada basta cumplir con los recaudos indicados en el párrafo anterior; pero lograr la sentencia favorable depende del tipo de registro que los contiene y del uso que de ellos se haga.

La finalidad del *habeas data* es impedir que en bancos o registro de datos se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone el "amparo" cuando dicha información está referida a aspectos de su personalidad directamente vinculados con su intimidad, y no corresponda encontrarse a disposición del público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados sin derecho alguno que sustente dicho uso.

Legitimación pasiva

Es el legitimado pasivo -el que opera el archivo- quien tiene el secreto; al ponerlo en contacto con otros medios evita la ocultación y los expone ante otras personas, lo que provoca, con ese acto de circulación, el perjuicio que habilita el *habeas data*. La amenaza de difusión también permite la vía. Por eso, la intimidad le pertenece a un sujeto preciso y queda en él la reserva de sus derechos. En cambio, el secreto está proyectado a terceros que lo conocen y que se convierten en garantes de la confidencialidad.

De este modo, liminarmente, podemos sostener que tienen legitimación pasiva todas las entidades, públicas o privadas, que compilen datos personales, aunque no tengan finalidad comercial, pero siempre y cuando estén destinados a producir informes (aunque después no los circulen).

La condición para adquirir la calidad de sujeto pasivo depende de los datos almacenados y de la forma en que se compilan. Una cosa es el archivo común, que no tiene finalidades informativas, y otra muy distinta el registro ordenado y sistemático que tienen los bancos de datos. La diferencia que la norma constitucional establece entre "registros públicos y privados destinados a proveer información" es simplista, aunque efectiva a los efectos de lograr alguna precisión respecto de saber a quiénes se puede demandar.

La calidad de sujeto pasivo del *habeas data*, con legitimación suficiente para actuar, se obtiene solo cuando la información almacenada tiene fines informativos; de lo contrario, la calidad procesal se difumina.

¹⁸ GOZAINI, Osvaldo A., "Habeas data- Sujetos procesales". Disponible en www.abogarte.com.ar.

Es una garantía que no se puede limitar, pues para establecer presupuestos y condiciones están las modalidades que el habeas data plantea. De todas maneras, cada pretensión de control sobre los bancos de datos (actualización, corrección, supresión o confidencialidad) permite extender la petición respectiva hacia otros campos de tutela, sin que ello signifique afectar el derecho subjetivo de quien fuera titular. Es decir, si los herederos plantean el acceso a los archivos y, practicado, verifican que los datos contenidos afectan la dignidad, el honor o la imagen del difunto, la pretensión que ellos deduzcan se podrá encarrilar por el habeas data si es la vía idónea. Mientras que una demanda indemnizatoria, una reparación moral, un desagravio a la reputación o fama de la persona fallecida no se fundamenta en este proceso constitucional.

En este sentido, nuestra ley sustancial divide los caminos para la defensa de la intimidad, el honor y la imagen, evitando que se transite por el habeas data. Este, por su parte, se rige por los cánones que marca el artículo 43 constitucional (acceso y control sobre los archivos) y la jurisprudencia que lo interpreta, merced a la omisión legal incurrida al respecto. Por eso, en la causa Arteaga, se permitió que los parientes de un desaparecido, presuntamente muerto en las acciones militares sucedidas después de la revolución del 24 de marzo de 1976, pudieran demandar desde el habeas data, el conocimiento y la información que dispusieran los archivos militares sobre la citada persona.

El Defensor del Pueblo, en el rol de legitimado colectivo conforme lo legisla el art. 43 de la Constitución Nacional, ha consagrado un sistema abierto para la legitimación en los procesos constitucionales. El marco dispuesto en el capítulo del derecho de amparo afirma desde el comienzo que "toda persona tiene derecho", y marca seguidamente las condiciones que reviste la amenaza o el acto lesivo para que dicha potestad pueda ser ejercida por el afectado, las entidades que propenden a la defensa de los derechos de incidencia colectiva y el Defensor del Pueblo. El mismo temperamento inicia el párrafo correspondiente al "habeas data"; toda persona podrá interponer esta acción dice la norma constitucional. Ambos indicativos plantean la necesidad de esclarecer el alcance que tienen y determinar si guardan relación con el derecho que para el Ombudsman establece el artículo 86 del mismo orden fundamental cuando sostiene que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal.

Gozaini¹⁹ sostiene que el artículo 86 es un mandato preventivo mediante el cual el juez podría analizar, antes de dar trámite formal al acceso a la información contenida en el banco de datos, el fundamento de la petición y medir la trascendencia que tiene para resolver, en el mérito que advierta, la posibilidad de admitir el habeas data por persona distinta a quien tiene el derecho subjetivo. También, es posible afirmar la legitimación del Defensor del Pueblo por su carácter representativo de los derechos del hombre, aun cuando no sea una acción popular en términos estrictos.

La ley argentina dispone la intervención del Defensor del Pueblo "en forma coadyuvante", de manera que la figura procesal es la del tercero adhesivo simple porque carece de legitimación propia, pero tiene y justifica plenamente un interés para la intervención conforme al art. 90 inc. 2 del CPCN.

Es necesario preguntarse sobre la posibilidad de acumulación de pretensiones, donde cobra importancia la calidad en la que interviene el defensor del pueblo, y comparar esa intervención con la limitación que hay en materia de amparo colectivo. Tanto en habeas data colectivo como en el amparo colectivo, nada impide que las legitimaciones funcionales (Defensor del Pueblo, asociaciones) operen juntamente con las del afectado, y no solo en causa paralela, sino en ella misma. Ello puede ocurrir perfectamente si se

¹⁹ GOZAINI, Osvaldo A., "Habeas data- Sujetos procesales". Disponible en www.abogarte.com.ar.

conforma un litisconsorcio inicial, cosa que indica la conformidad del particular para actuar de manera conjunta con alguna de aquellas. “...*En cuanto a la intervención voluntaria, las legitimaciones funcionales no encajan en las previsiones del art 90 inc.2, pues no tienen pertinencia con el derecho sustancial debatido en la causa; su interés deriva de fuente distinta de la que inspira a esa norma. Por ende, no podrían ingresar sin la aquiescencia expresa o tacita del demandante, atento el poder de disposición que le informa. Al no poder ingresar como litisconsortes principales, queda descartada la posibilidad de hacerlo como coadyuvantes, calidad dependiente y poco compatible con las legitimaciones que estamos considerando, máxime en el juicio de amparo...*”²⁰.

La ley española ha previsto que la intervención del Defensor del Pueblo sea factible en el marco de sus facultades reglamentarias, aun cuando la Agencia de Protección de Datos debe comunicarle las actuaciones que promueva en defensa de la persona afectada por el tratamiento de sus datos.

Bidart Campos²¹, refiriéndose a la legitimación activa en el habeas data, sostiene que debe quedar en claro que la promoción del proceso queda reservada, en forma estrictamente personal, al sujeto a quien se refieren los datos archivados en el banco de que se trate, ya que es el único investido de legitimación procesal activa. Con esta severa restricción –agrega- creemos que la legitimación pertenece no solo a las personas físicas, sino también a las entidades colectivas, asociaciones, organizaciones etc., en la medida en que, por igualdad con aquellas, tengan datos registrados en los bancos públicos o privados. En consecuencia, quien promueve un habeas data debe, primero, lograr el acceso a los registros del caso para, después, plantear las acciones de control efectivo que contra el mismo quiera deducir. Estas pretensiones son objetivas, y el grado de afectación perturba por igual a personas físicas y morales. En suma, el tratamiento de datos personales es el control efectivo que la norma constitucional quiere asegurar; por ello, cuando se informa que toda persona tiene derecho, se está diciendo que, cualquiera sea el afectado, existe un derecho a conocer y rechazar las informaciones y los razonamientos usados en los sistemas de almacenamiento cuyos resultados la perjudiquen; y de este modo lograr una vía directa para rectificar, completar, esclarecer, poner al día, eliminar o requerir la confidencialidad y secreto de los datos que han sido recolectados.

La única duda posible se puede centrar en los llamados "datos sensibles", en la medida en que estos se acoten a la reserva íntima de la persona física por representar la vida privada, o sus ideas políticas, religiosas o gremiales. En este caso, la condición de "derechos personalísimos" puede fundamentar la exclusión, y así debiera ser; pero el caso es que alguna jurisprudencia tiende a instalar en este espacio a la información de carácter comercial, oponiéndola a la "información sensible" y resolver, entonces, cuál puede circular y cuál no lo puede hacer. "La información de carácter comercial o financiero, al contrario de lo que sucede con la información sensible, está destinada a divulgarse entre todas las entidades financieras del país, tal como lo prevé la Circular OPASI 2 del Banco Central de la República Argentina" (CNContencioso-administrativa, Sala 4ª, setiembre 5/995, in re "Farrel Desmond A. c/ B.C.R.A. y otros s/ amparo", en Jurisprudencia Argentina 1995-IV, 350).

VI.-Jurisprudencia

La cámara comercial admite el habeas data colectivo

²⁰ RIVAS, Adolfo A., *El Amparo*, Ediciones La Roca, Buenos Aires. 2003, p.785.

²¹ RIVAS, Adolfo A., *El Amparo*, Ediciones La Roca, Buenos Aires 2003, p.785.

Fallo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, “UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES C/ CITIBANK S/ SUMARÍSIMO”

Buenos Aires, 12 de mayo de 2006.

La Unión de Usuarios y Consumidores pretendió que se ordene a CITIBANK N.A cesar en su operatoria tendiente a obtener oposiciones expresas de sus clientes para que sus datos personales sean difundidos y/o cedidos a terceras personas en violación al consentimiento expreso que exige la ley. La operatoria consistía en una circular dirigida a los clientes en la cual se les informa que de no oponerse en forma expresa a la cesión o transferencia de sus datos personales a terceras personas, estos serán difundidos a discreción del CITIBANK o, eventualmente, por cualquiera de los miembros del conjunto que constituye el denominado Citigroup. Según los términos de la circular, quien no llene y envíe a su sucursal del CITIBANK o a su administradora de tarjeta de crédito una “solicitud de exclusión” habrá dado su consentimiento para que Citigroup realice dos operaciones con los datos del consumidor: los administre con fines publicitarios para su propio grupo y los ceda a terceros, lo cual sería violatorio de las disposiciones de los art. 5, 11 y 27 de la ley 25.326.

Encuadró esta acción como medida autosatisfactiva y, en subsidio como “habeas data colectivo”, fundó su legitimación activa en el art. 52, 55 y ccdtes de la ley 24.240 y decreto 1798/94, así como en el art. 42 y segundo párrafo del art.43 de la Constitución Nacional, ya que se estarían vulnerando derechos constitucionalmente protegidos de Usuarios y Consumidores del mercado financiero y en el art. 34 de la ley 25.326 y art. 31 del decreto reglamentario 1558/01, considerando que su enumeración no es taxativa .

El a quo desestimó la acción como medida autosatisfactiva, y se otorgó el trámite de juicio sumarísimo, quedando vigente la acción de habeas data antes referida.

La sentencia de grado rechaza la acción por considerar el magistrado que el art. 34 de la ley 25.326 realiza una enumeración taxativa de los sujetos legitimados, entre los cuales no están incluidas las asociaciones de usuarios y consumidores. Esta sala optó por un criterio integrador; por ende, ha decidido que la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, en tanto tenía legitimación para accionar en defensa de los intereses de los consumidores de la Ciudad de Buenos Aires, podía concretar una pretensión tendiente a resguardar intereses patrimoniales individuales (Dirección general de Defensa del Consumidor G.C.B.A c/ Banca Nazionale del Lavoro s/ Sumarísimo” del 10/05/2005). No se aprecia cuestionada en el caso la facultad de la Unión de Usuarios y Consumidores para asumir la calidad de defensor de los intereses generales de los clientes del Citbank N.A; por tanto, cabe acordarle legitimación procesal para actuar en pos del derecho de ese grupo a la confidencialidad de sus datos, presuntamente vulnerado a partir de un acto único que los afectaría a todos en su conjunto y en forma equiparable.

Las facultades de estas organizaciones no son para representar a uno o más usuarios en pos de un interés concreto e individual, sino para actuar en defensa de un interés general (colectivo o difuso) de los consumidores amenazado por un determinado comportamiento en el mercado.

Se resolvió revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda intentada. CITIBANK N.A fue condenado a cesar en su operatoria tendiente a supeditar la prohibición de utilizar los datos de sus clientes para operaciones de marketing directo propio o de terceros a la expresa oposición de aquellos mediante el llenado y presentación de la “solicitud de exclusión” acompañada con la circular denominada

“promesa de privacidad de Citigroup”. Las costas de ambas instancias fueron impuestas a la demandada vencida.

VII.- Conclusión

El "habeas data" como garantía constitucional está destinado a conocer la información que se tiene registrada; la legitimación para obrar le corresponde a "toda persona", "todos los habitantes", "todos los ciudadanos", o cualquier otra persona, física o jurídica, que proponga a un juez el proceso. Es un derecho a la información que no puede ser restringido por el "derecho subjetivo vulnerado" o el "interés legítimo a tutelar", pues esta libertad irrestricta proviene del carácter público que tiene la fuente informativa y de la condición expuesta de los datos.

Como la norma constitucional relaciona el conocimiento con la finalidad del registro, es preciso que la persona que deduce la acción *indique el motivo* por el cual la solicita. La pretensión es compleja al fraccionar el objeto en dos motivos esenciales, aunque dependiente el segundo del primero: a) conocer los datos o registros, y b) solicitar, en caso de información falsa o discriminatoria, alguna de las causas que posibilitan el habeas data. No existirían problemas para intentar acciones independientes, pero como el Código procesal tiene otras vías para la pretensión, al proponer el habeas data como garantía subsidiaria, esta quedaría postergada si el remedio propuesto en paralelo es más idóneo. Si la intención fuese interponer habeas data correctivo, en cualquiera de sus posibilidades (rectificación o actualización), va de suyo que solo quienes tengan el "interés" específico de la demanda tendrán legitimación procesal.

Debemos distinguir la protección de un derecho personal, como lo es el acceso a la información y al lícito tratamiento de los datos personales, que generalmente son ejercidos por el titular del derecho directamente lesionado, con el perjuicio que puede llevar a provocar en su subjetividad a un grupo de personas en la misma situación de vulnerabilidad; es decir, en el fallo “**Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, “UNION DE USUARIOS Y CONSUMIDORES C/ CITIBANK S/ SUMARÍSIMO”**”, observamos que un grupo de clientes de la entidad bancaria se veía perjudicado frente al potencial acto que tendría el banco de disponer y transferir los datos personales que constaren en sus bases de datos a terceros sin el debido consentimiento de los usuarios. De modo que no se planteaba obtener el dato de manera ilícita, sino limitar la emisión del consentimiento al sujetarla a mecanismos arbitrarios. Aquí cada sujeto del grupo se veía damnificado, perjuicio que no afectaba un derecho de incidencia colectiva, sino uno personal, pero que, frente a un mecanismo destinado a un grupo de personas, generaba un interés difuso donde cada uno en una misma situación tenía interés de proteger. Frente a ello, es discutible la legitimación del defensor del pueblo como legitimado activo, al no tratarse estrictamente de un derecho de incidencia colectiva.

Por eso, planteamos diferenciar esta situación, ya que la protección de los datos personales podría entenderse como un derecho difuso porque atiende a la protección, no tanto de una calidad de dominio sobre el bien protegible, sino a la “utilización indiferenciada” que todos, individualmente, hagan de sus datos personales pero esto se expande a “un conjunto” cuando opera el “tratamiento” que realizan sobre los mismos los archivos, o bases de datos, con la tecnología empleada.

Por ello, sostenemos que el habeas data, al ser un amparo específico, hace necesario extender las reglas de legitimación que permitan acceder a la justicia en representación de intereses difusos. Esto, justamente, porque la materia de protección podría ser manipulada de forma ilegal y/o arbitraria por los titulares de bases de datos a través de la

rápida expansión de los nuevos medios de informatización. Y no abrir el panorama de protección sería limitar implícitamente lo estipulado por nuestra Constitución Nacional.