

El proceso en la protección de datos personales

ÍNDICE GENERAL

Introducción

CAPÍTULO I. ELEMENTOS SUSTANTIVOS DE LA FIGURA DEL HÁBEAS DATA.

1. Antecedentes internacionales

2. Antecedentes en México

3. Estado actual de la legislación en México

4. Hábeas data

I. Naturaleza jurídica

II. Datos personales

a. De origen

b. Externos

c. Internos

d. No existenciales

III. Derechos que protege

a. Intimidad (privacidad, imagen, olvido, fama, secreto, dignidad)

b. Honor

c. Identidad personal

d. Información

e. Autodeterminación informativa (ARCO)

i. Acceso

ii. Rectificación

iii. Cancelación

iv. Oposición

5. Límites y tensiones

I. Libertades y derechos de terceros

II. Seguridad pública

III. Salud pública

IV. Economía y mercado

V. Concurrencia con otras legislaciones

CAPÍTULO II. DERECHO COMPARADO (PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS DEL HÁBEAS DATA)

1. Argentina (Ley 25.326 Ley de Protección de los Datos Personales)

I. Objeto

II. Vías previas

III. Competencia

IV. Legitimación

V. Medidas precautorias

VI. Juicio

VII. Sentencia

2. Perú (Ley 28237 Código Procesal Constitucional)

I. Objeto

II. Vías previas

III. Competencia

IV. Legitimación

V. Medidas precautorias

VI. Juicio

El proceso en la protección de datos personales

VII. Sentencia

3. España (Ley 15/1999 Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal)

- I. Objeto
- II. Vías previas
- III. Competencia
- IV. Legitimación
- V. Medidas precautorias
- VI. Juicio
- VII. Sentencia

CAPÍTULO III. ASPECTOS QUE RIGEN EL PROCESO EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. Objeto de protección

- I. Distinción basada en el objeto de protección, y alcances de las pretensiones relativas
 - a. Datos sensibles
 - i. Acceso
 - ii. Rectificación
 - iii. Cancelación
 - iv. Oposición
 - b. Datos no sensibles
 - i. Acceso
 - ii. Rectificación
 - c. El objeto de protección tratándose de personas morales

2. Presupuestos procesales

- I. De la pretensión
 - a. Legitimación
 - i. Activa
 - ii. Pasiva
 - b. Plazos
- II. De la demanda
 - a. Competencia
 - i. Materia
 - b. Legitimación
 - c. Formalidades (de la demanda)
 - i. Identidad
- III. Del procedimiento
 - a. Vías previas
 - b. Proceso a seguir

3. Medidas cautelares

- I. Aspectos generales
- II. Medidas cautelares en la protección de datos personales

4. Proceso

- I. Demanda
- II. Contestación
- III. Pruebas
- IV. Medios de comunicación procesal
- V. Recursos o incidentes

El proceso en la protección de datos personales

5. Sentencia

I. Análisis de procedencia (límites y tensiones)

II. Contenido

III. Suplencia

IV. Sentencia favorable

a. Efectos

V. Cumplimiento

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

El presente trabajo, surge en el marco de diversos acontecimientos relevantes en materia de protección de datos personales: en Finlandia, por ejemplo (al igual que en otros países como Suiza, Estonia Francia o Grecia, estos tres en donde no se establece el tipo de conexión) se establece que a partir de julio de 2010, todos los ciudadanos tendrán derecho a una conexión a Internet de, como mínimo, 1 Mb/s. La medida, anunciada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones del país, es un paso intermedio para lograr que, en 2015, dicha cifra aumente hasta los 100 Mb/s¹. En nuestro país, por otro lado, la intención del gobierno federal de implementar una cédula de identidad ciudadana que permitiría unificar en un sólo documento todos nuestros datos, la cual entre otras cosas, contendría información biométrica con la que, de acuerdo a las razones de sus promotores, se garantizaría la unicidad y distinción plena de cada persona; misma que ha producido el rechazo de amplios sectores de la sociedad. Así también, tenemos que el nueve de febrero de dos mil nueve, se promulga el decreto que reforma la Ley Federal de Telecomunicaciones (destacando el RENAUT, o registro nacional de usuarios de telefonía móvil) y obliga a todos aquellos propietarios de un teléfono móvil, a registrar el número del mismo con su CURP (cédula única de registro poblacional) so pena que, de no hacerlo, el servicio sea cancelado o restringido. Otro acontecimiento a nivel nacional, es la noticia del robo del padrón electoral de todo el país, el registro de todos los vehículos y de licencias de conducir, que entre otros “productos” están a la venta en tres memorias externas, cada una de 160 gigabytes, en 12,000.00 dólares, en el barrio de Tepito².

Lo anterior, sobre todo la última noticia, hizo voltear la cara de la sociedad hacia este tema y dejar al descubierto la fragilidad de los sistemas de recopilación de datos en nuestro país; lo cual, obligó al poder legislativo a desempolvar varias de las iniciativas con que se contaba desde 2006, apresurando la votación, análisis y aprobación de una, por las dos Cámaras, para finalmente, el 27 de abril de 2010, emitir la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de

¹www.elmundo.es/elmundo/2009/10/14/navegante/1255539592.html.

² <http://www.eluniversal.com.mx/notas/673768.html>

El proceso en la protección de datos personales

Particulares; que, si bien representa un gran avance en la materia, adolece de algunas deficiencias e inconsistencias, mismas que, junto con el resto de la legislación que regula el tema en nuestro país, hacen que la herramienta de protección con que se cuenta para proteger nuestros datos de la ingerencia de terceros, sea débil y difusa.

Por ello, en este estudio se plantea, sin mayores pretensiones, señalar algunos de los puntos que servirían para establecer un medio de control efectivo para la protección de datos personales.

Lic. Delón

Octubre de 2010.

CAPÍTULO I. ELEMENTOS SUSTANTIVOS DE LA FIGURA DEL HÁBEAS DATA.

1. Antecedentes internacionales³

Para entender la naturaleza de una figura jurídica, o de cualquier otro acontecimiento, es necesario conocer sus orígenes, la etapa histórica, el entorno social, la ideología de la época, así como todas las circunstancias que rodearon a su nacimiento. Es por ello que, aun cuando el presente estudio se centrará en cuestiones procesales, resulta indispensable establecer una breve reseña de la figura del hábeas data (que es la figura referencial) para comprender, qué es lo que protege y de qué manera se debe proteger. Para tales fines, se ha optado por una descripción cronológica de las referencias más importantes a nivel internacional, a fin de explicar su evolución, así como el apunte de los esbozos en nuestro país acerca de la protección de datos personales.

Es en Boston (1890) cuando los abogados S.D. Warren y L.D. Brandeis, a través de su artículo *“the right to privacy”* publicado el 15 de diciembre de ese año en el volumen IV, número 5, de *Harvard Law Review*⁴, quienes por primera vez abordan el derecho a la privacidad o intimidad de la vida privada, mismos que posteriormente, en 1891 serían reconocidos vía jurisprudencial como el derecho a ser dejado en paz, a la reserva, a la intimidad y a la soledad de la propia vida o *the right to be alone*, como decían sus precursores.

Posteriormente, en Alemania, en la Constitución de *Weimar*, sancionada el 11 de noviembre de 1919, es cuando por primera ocasión a nivel constitucional se reconoce el derecho de los funcionarios públicos de examinar su expediente personal y de intervenir directamente en el registro de los datos desfavorables.

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se prevén, en diversos instrumentos internacionales, el derecho al reconocimiento de

³ Para mayor información en cuanto a los antecedentes del hábeas data, se puede consultar: Mario Masciotra, “El hábeas data, la garantía polifuncional” Librería Editora Platense, La Plata, 2003, pp. 29-119. Eduardo Roza Acuña “Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina” Universidad Externado de Colombia, primera edición, mayo 2006, pp. 267-316 u, Oscar R. Puccinelli “Protección de datos de carácter personal” Editorial Astrea, 2004, Buenos Aires, pp. 11-38.

⁴ Ver en: <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>

El proceso en la protección de datos personales

la personalidad jurídica, el que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación, así como de que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques⁵; y como muestra de ellos, tenemos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (posteriormente denominado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)⁶ suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966; la Resolución 509, de la Asamblea del Consejo de Europa de 1968 y; la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José⁸, suscrito el 22 de noviembre de 1969, por mencionar algunos.

Entre las primeras legislaciones que reconocieron expresamente la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa se encuentra la Ley de Protección de Datos de *Hesse*⁹, promulgada el 7 de octubre de 1970.

Es en Suecia, el once de mayo de 1973, donde se promulga la primera legislación a nivel nacional, la *Data Lag*, en la que se crea un registro público obligatorio de los archivos electrónicos de datos personales.

En los años subsecuentes, se van afinando los alcances de la protección de datos; así, el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD, por sus siglas en inglés) el 23 de septiembre de 1980, emite la Recomendación relativa a los Lineamientos que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales¹⁰; el 28 de enero de 1981, en Estrasburgo, Francia, se firma el Convenio 108 del Consejo de Europa, para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal¹¹, cuya relevancia estriba en el establecimiento de los

⁵ Ver en: www.un.org/es/documents/udhr/

⁶ Ver en: www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/...C8E1.../SpanishEspagnol.pdf

⁷ Ver en: www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm

⁸ Ver en: www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html

⁹ Ver en: www.bibliojuridica.org/libros/2/916/7.pdf

¹⁰ Ver en: www.oecd.org/home

¹¹ Ver en: www.ifai.org.mx/pdf/ciudadanos/sitios_de_interes/datos_personales/Convenio108.pdf

El proceso en la protección de datos personales

principios para el tratamiento de datos, como el finalista, de lealtad, de exactitud, de publicidad, de seguridad y de acceso individual; el 14 de diciembre de 1990, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, emite la resolución 45/95¹², mediante la cual reglamenta los ficheros computarizados de datos personales; el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD, por sus siglas en inglés) desarrolla por primera vez las Directrices de Seguridad de los Sistemas de Información¹³ en 1992; el 24 de octubre de 1995, se aprueba la Directiva 95/46/CE¹⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, en la que se delimita como objetivo de la misma, la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de ellos, etc.

Cabe destacar a Guatemala, como el primer país en América Latina, que en 1985 a nivel Constitucional¹⁵ estableció un mecanismo de defensa (que no el hábeas data como tal, pues ese fue reconocido por primera vez en la Constitución de Brasil en 1988¹⁶) contra el uso arbitrario de datos personales.

También debe mencionarse como el último salto importante, que no el definitivo, el hecho de que en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁷, publicada el 18 de diciembre del año 2000, se reconoce como tal, la protección de datos personales.

Si bien las referencias y documentos antes señalados no son todos los relativos a la protección de datos personales que han surgido en el mundo, si son de los más importantes, sobre todo, porque en ellos se hace referencia por primera ocasión a algún matiz o aspecto de la figura del hábeas data, que la fue definiendo, o por su aparición por primera vez en alguna zona del planeta. Finalmente, cabe mencionar entre las más recientes figuras surgidas en relación a la protección de datos personales, la creación de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (La Antigua, Guatemala, junio de 2003)

¹² Ver en: www.habeasdata.org/ONU-Directrices

¹³ Ver en: www.oecd.org/dataoecd/15/29/34912912.pdf

¹⁴ Ver en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ>

¹⁵ Ver en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/0134.pdf

¹⁶ Ver en: www.constitution.org/cons/brazil.htm

¹⁷ Ver en: www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

El proceso en la protección de datos personales

y la Declaración de Santa Cruz de la Sierra¹⁸ (Bolivia, noviembre de 2003), adoptada por los gobiernos iberoamericanos (entre ellos México) a través de la cual se reconoció en su artículo 45, el rango de derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal en América Latina.

2. Antecedentes en México.

No obstante que en el resto del mundo, sobre todo en Europa y Estados Unidos de América, la protección a la vida privada y a los datos personales se da desde finales del siglo XIX, reflejándose en distintos instrumentos tanto locales como internacionales; no es sino hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando en México se vislumbra un pequeñísimo avance en el tema, pero encaminado, sobre todo, al acceso a la información.

Así, el 6 de diciembre de 1977¹⁹, se publica la reforma al artículo 6° constitucional, relativo a la libertad de expresión, al cual se le añade la frase: “...el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

El país tendría que esperar 24 años para que el Congreso de la Unión se decidiera a cumplir con lo establecido en la reforma y así hacer operativa la misma, publicándose el 11 de junio de 2002, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental²⁰.

En la legislación en comento, se establece un capítulo IV, denominado “*protección de datos personales*”, en donde se prevé que los organismos públicos deberán adoptar los procedimientos adecuados para recibir y responder solicitudes de acceso y corrección de datos, así como la capacitación de su personal en cuanto al tratamiento de datos personales. Asimismo, en dicha ley se vislumbra el reconocimiento de distintos principios en cuanto al tratamiento de datos, como el que sean adecuados, pertinentes, no excesivos en relación a los propósitos para los cuales se obtuvieron, la exactitud, seguridad, el acceso individual y su actualización. También se dispone la creación del ente regulador denominado Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI); la

¹⁸ Ver en: www.iccnw.org/documents/decla_Santa_Cruz_de_la_Sierra.pdf

¹⁹ Ver en: www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_086_06dic77_ima.pdf

²⁰ Ver en: www.ifai.gob.mx

El proceso en la protección de datos personales

obligación de las autoridades de poner a disposición de los individuos el documento mediante el que se les comuniquen los propósitos del tratamiento de sus datos; la sustitución, rectificación o complemento, oficioso, de los datos personales que fueren inexactos; la prohibición para difundirlos, así como la gratuidad del acceso (excepto gastos de envío y cuando la solicitud se de en un lapso menor de doce meses).

Un poco antes de la aparición de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, el 15 de enero de 2002, se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley para Regular a las Sociedades de Información Crediticia.²¹

En dicha legislación, se regula en su capítulo II, lo relativo a la base de datos de información crediticia, estableciéndose que ésta deberá ser completa y veraz, así como que se deberán adoptar las medidas de seguridad y control para el manejo de la información; la obligación de conservarla por el plazo de 72 meses (6 años) su eliminación después de ese lapso y la corrección de los datos. Por otra parte, en el capítulo III se establece la obligación para las “sociedades” de sólo proporcionar información a los “usuarios” (entidades financieras, empresas comerciales, sofomes - sociedades anónimas dedicadas al otorgamiento de crédito, arrendamiento financiero y/o factoraje financiero ²²) cuando se cuente con la autorización expresa del cliente, y que ésta será de una año. El capítulo IV, denominado “*de la protección de los intereses del cliente*” es el mas importante en relación al tema que se trata, pues en éste se prevé la posibilidad para el individuo de acceder a sus datos a través de la solicitud del reporte de crédito especial (con una explicación detallada del mismo) así como de su corrección por medio de la reclamación.²³

El 20 de julio de 2007, se da un gran avance vía constitucional por cuanto hace a la protección de datos personales, ya que nuevamente se reforma el artículo 6º, estableciéndose una serie de principios y bases en cuanto al ejercicio

²¹ http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lrsic/LRSIC_orig_15ene02.pdf

²² Ver en: www.banxico.org.mx

²³ Ver ejemplo del procedimiento en la página digital de la sociedad de crédito denominada Buró de Crédito: www.burodecredito.com.mx/

El proceso en la protección de datos personales

del derecho de acceso a la información, entre los que destaca la creación de la fracción II, en la que se prevé que la información de la vida privada y los datos personales, será protegida en los términos y con las excepciones que fijan las leyes.

Por virtud de la aparición de la Ley Federal de Transparencia Acceso a la Información Pública, pero sobre todo por la reforma antes señalada, se legisla en las entidades federativas a fin de regular lo relativo a la transparencia y acceso a la información, incluyéndose en la mayoría de ellas, un apartado acerca de la protección de datos personales correspondiente a la fracción II del artículo 6° constitucional.

A continuación, se reseñan en orden alfabético las legislaciones relativas a la fecha del presente trabajo:²⁴ 1. Aguascalientes, el 11 de mayo de 2006, en su Ley de Acceso a la Información Pública, destina el capítulo IV al tema de la protección de datos personales; 2. Baja California, no cuenta con la ley relativa, y en su ley de transparencia, carece de un apartado relativo a la protección de datos personales; 3. Baja California Sur, igualmente carece de una ley y de un apartado relativo a la protección de datos personales en su ley de transparencia; 4. Campeche, el 2 de julio de 2009, publica la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo capítulo séptimo está dedicado a la protección de datos personales; 5. Chiapas, publica el 12 de octubre de 2006, la Ley que Garantiza la Transparencia y Derecho a la Información Pública, cuyo título tercero, capítulo II, se denomina de la protección de datos personales; 6. Chihuahua, el 15 de octubre de 2005, publica la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo capítulo III, se denomina hábeas data; 7. Coahuila, el 2 de septiembre de 2008, publica su Ley de Transparencia y Protección de Datos Personales; 8. Colima, se destaca como la primera entidad en emitir una ley *ad hoc*, pues el 21 de junio de

²⁴La fecha de consulta data de finales de 2009, asimismo, las legislaciones estatales y sus modificaciones, pueden ser consultadas en los portales de Internet de los Congresos respectivos, o bien en el portal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en la cual se establece un sitio relativo a la legislación de las entidades federativas.

El proceso en la protección de datos personales

2003, publica la Ley de Protección de Datos Personales²⁵; 9. Durango, el 11 de julio de 2008, publica la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo capítulo VII, se denomina de la protección de datos personales; 10. El Estado de México, el 30 de abril de 2004, publica la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo capítulo V trata acerca del procedimiento de acceso y corrección de datos personales; 11. Guanajuato, se distingue como uno de las pocas entidades que cuentan con la Ley de Protección de Datos Personales, publicada el 19 de mayo de 2006; 12. Guerrero, publica el 29 de septiembre de 2005, la Ley de Acceso a la Información Pública, que dedica su capítulo IV, a la protección de datos personales; 13. Hidalgo, publica el 29 de diciembre de 2006, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que en el título IV, capítulo I, trata sobre el tema de protección de datos personales; 14. Jalisco, a pesar de su importancia a nivel nacional, se destaca por no contar con una ley, ni con un apartado relativo en su ley de transparencia; 15. Michoacán, el siete de noviembre de 2008, publica la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo capítulo V, trata sobre protección de datos personales; 16. Morelos, el 25 de abril de 2007, publica la Ley de Información Pública, Estadística y de Protección de Datos Personales; 17. Nayarit, es otro de los pocos que no cuentan con una ley, ni con un apartado relativo en su ley de transparencia; 18. Nuevo León, publica el 19 de julio de 2008, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo título segundo, trata sobre la protección de datos personales; 19. Oaxaca, destaca entre los pocos que cuenta con su Ley de Protección de Datos Personales, publicada el 23 de abril de 2008; 20. Puebla, publica el 16 de agosto de 2004, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo capítulo cuarto se denomina de la protección de datos de la vida privada y de los datos personales; 21. Querétaro, no cuenta con una ley al respecto, ni apartado en su ley de transparencia; 22. Quintana Roo, publica el 13 de mayo de 2004, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que en el capítulo sexto, trata sobre la protección de datos personales; 23. San

²⁵ Sin embargo, por virtud de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, tal legislación, al igual que la del Estado de Tlaxcala, tendrán que reformarse en cuanto a la protección de datos personales en poder de personas privadas, pues tal facultad resulta exclusiva del Congreso de la Unión.

El proceso en la protección de datos personales

Luís Potosí, el 18 de octubre de 2007, publica la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que en el título quinto, capítulo II, trata sobre protección de datos personales; 24. Sinaloa, es una de las primeras en publicar el 25 de abril de 2002, la Ley de Acceso a la Información Pública, cuyo capítulo sexto, se denomina del ejercicio del derecho de hábeas data; 25. Sonora, no cuenta con una ley al respecto, ni un apartado en su ley de transparencia; 26. Tabasco, publica el 10 de febrero de 2007, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en cuyo capítulo octavo, trata sobre la protección de datos personales; 27. Tamaulipas, el 29 de junio de 2007, publica la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, denominando a su capítulo tercero, como del derecho de hábeas data; 28. Tlaxcala, publica el 12 de enero de 2007, la Ley de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales; 29. Veracruz, publica el 27 de junio de 2008, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en cuyo capítulo quinto, trata sobre la protección de datos personales; 30. Yucatán, el 18 de mayo de 2004, publica la Ley de Acceso a la Información Pública, que contiene el título primero, capítulo V, relativo a la protección de datos personales; 31. Zacatecas, el 7 de julio de 2004, publica su Ley de Acceso a la Información Pública, que denomina el capítulo VI, como de protección de datos personales y; finalmente, 32. la ciudad de México, Distrito Federal, el 3 de octubre de 2008, publica su Ley de Protección de Datos Personales.

Como se puede advertir, y como se anticipó, el tema de la protección de datos personales en las legislaciones locales, se encuentra más vinculado al de acceso a la información pública, siendo apenas cuatro estados los que lo tratan de manera individual (Colima, Guanajuato y Oaxaca, junto con el Distrito Federal).

El avance en el tema de la protección de datos personales vía acceso a la información pública, así como los compromisos internacionales asumidos por el estado mexicano, llevan a que finalmente el 30 de abril de 2009, se reforme el artículo 73 constitucional (relativo a las facultades del Congreso) creándose la fracción XXIX-O en la que se le faculta para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares, lo que lleva a la postre, a que el 1°

El proceso en la protección de datos personales

de junio de 2009, se adicione un segundo párrafo al artículo 16 constitucional, corriéndose los subsecuentes, el cual dice:

“...Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros...”

Luego de múltiples iniciativas por parte de variados grupos parlamentarios, previas a la reforma antes señalada y posteriores a ésta, el 13 de abril de 2010, es aprobada en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por 335 votos a favor, 3 en contra y 5 abstenciones, la iniciativa propuesta desde el 23 de febrero de 2006, por el entonces diputado David Hernández Pérez, del PRI, remitiéndose la misma al Senado de la República, órgano que el 27 de abril de 2010, con 85 votos a favor, aprueba la llamada “Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares”, con las debidas correcciones y adecuaciones.

Dicha legislación, tiene por objeto regular el derecho de la autodeterminación informática en poder de personas físicas o morales de carácter privado, excluyéndose, expresamente, las sociedades de información crediticia y las personas que lleven a cabo la recolección y almacenamiento de datos personas para uso exclusivamente personal. Se aborda el tema del tratamiento de datos, estableciéndose los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, proporcionalidad y responsabilidad. De igual manera, se establecen como derechos de los titulares de los datos, el de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO), así como la forma en que se pueden exigir estos antes los responsables, la forma en que el titular puede acceder a la exigencia de tales derechos, y las obligaciones de los responsables ante tales solicitudes. También cabe destacar que se contempla al Instituto Federal de Acceso a la

El proceso en la protección de datos personales

Información (IFAI) como el organismo ante el cual, de no prosperar la petición ante el responsable, se puede reclamar vía procedimiento administrativo, el respeto a tales derechos. Finalmente se destaca, que de manera expresa se prevé la recurribilidad de las resoluciones del IFAI, a través del juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; cuyas determinaciones, eventualmente, podrán combatirse mediante el juicio de amparo indirecto y directo según sea el caso.

3. Estado actual de la legislación en México

Dado el avance peculiar que ha tenido la protección de datos personales en México, primero se legisla a nivel constitucional en relación al acceso a la información pública, introduciéndose el tema en la fracción II, del artículo 6°, lo que dio pauta a una legislación a nivel federal (Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental) así como a nivel estatal en donde igualmente se introducen capítulos relativos a la protección de datos personales, en poder de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, federales y estatales respectivamente, incluyéndose en este último a las autoridades municipales.

Asimismo, como se vio, en los estados de Colima, Guanajuato y Oaxaca, así como en el Distrito Federal, se crearon leyes *ad hoc* acerca de la protección de datos personales, en tanto que en Coahuila, Morelos y Tlaxcala, se crean leyes que tratan expresamente el tema de la transparencia y el de protección de datos personales.

Ahora, la reforma al artículo 73 constitucional, que adicionó la fracción XXIX-O, otorga al Congreso la facultad de legislar sobre protección de datos personales en poder de particulares, y con base en ésta, aprueba la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares; por lo que, en términos del artículo 124 constitucional, tal norma debe inhibir a las asambleas de las entidades federativas a legislar sobre el tema, pues en ésta se dispone,

El proceso en la protección de datos personales

interpretada a *contrariu sensu*, que aquellas facultades concedidas expresamente a los funcionarios federales, no pueden ejercerse por parte de los Estados²⁶.

Lo anterior, no repercute en mayor medida en cuanto a la legalidad de las leyes de transparencia emitidas por los estados de la República en las que se trata la protección de datos personales en poder del Estado, pues éstas invariablemente van dirigidas a las autoridades de la entidad federativa de que se trate y municipales (incluida la ley de protección de datos personales de Guanajuato) además, éstas fueron emitidas conforme a una facultad que no se reservó a funcionarios federales por virtud de la reforma constitucional antes señalada; sin embargo, las legislaciones de Colima y Tlaxcala de protección de datos personales, que abarcan o contemplan como sujetos obligados a particulares que cuenten con bases de datos, si son afectadas en cuanto a su legalidad, pues abordan un tema relativo a una facultad reservada al Congreso de la Unión.

Resumiendo, en el panorama legislativo actual respecto de la protección de datos personales, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, regula lo relativo a la protección de datos personales en poder de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter federal, así como respecto de los órganos constitucionales autónomos (el Estado a nivel federal); la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, lo relativo a los datos en poder de personas físicas o morales de carácter privado, en todo el país; la Ley para Regular a las Sociedades de Información Crediticia, lo relativo a los datos en poder de éstas y, las legislaciones estatales (llámense leyes de transparencia con su capítulo relativo, o leyes de protección de datos personales) sólo podrán regular lo relativo a los datos en poder de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial Estatales, así como municipales.

²⁶ En relación al tema se pueden consultar las siguientes jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las que se interpreta el artículo 124 constitucional: Registro No. 177904. Rubro: NOTARIADO. LA FACULTAD PARA LEGISLAR EN ESA MATERIA ESTÁ RESERVADA A LOS ESTADOS DE LA FEDERACIÓN. Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXII, Julio de 2005; Pág. 795; [J]; Registro No. 180318. Rubro: MUNICIPIOS. SU CREACIÓN ES UNA FACULTAD CONSTITUCIONAL RESERVADA A LOS ESTADOS DE LA FEDERACIÓN. Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XX, Octubre de 2004; Pág. 1838; [J].

El proceso en la protección de datos personales

Además, cabe señalar que de acuerdo a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, si la resolución del IFAI no le es favorable al titular de los datos, tal decisión se podrá combatir mediante el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y de acuerdo al derecho positivo mexicano actual, invariablemente, la decisión final tendrá que quedar en manos del Poder Judicial de la Federación, vía el juicio de amparo.

Lo anterior ocasiona una sobre-regulación acerca de la protección de datos personales, lo cual, lejos de beneficiar a los particulares al preverse distintos y variados medios de defensa (con sus propias reglas) dispersará el ámbito de protección, con el riesgo de diluirlo en esa diversidad, como ha ocurrido con los intentos en varias entidades federativas al crearse garantías constitucionales locales²⁷, pues además, la decisión final, como se apuntó, quedará en manos del Poder Judicial de la Federación, lo cual traerá como consecuencia, siendo pesimistas, el descrédito de los procedimientos de protección de datos antes reseñados.

Por ello, uno de los tópicos del presente estudio, es la necesidad de homogeneizar la protección de datos personales, tanto en poder del Estado, como de particulares, en un medio de control constitucional, a nivel federal, así como desmarcar éste del ejercicio de acceso a la información pública.

4. Hábeas data

Para poder establecer un mecanismo de protección jurídica o una garantía constitucional, resulta necesario conocer qué es lo que se pretende proteger, o al menos tener una idea clara de los aspectos que tratan de salvaguardarse, a fin de atender a las características especiales del derecho o derechos protegidos, así como sus peculiaridades y diferencias respecto de otros derechos, que guíen y delimiten la figura procesal relativa; para lo cual, nos sirve de referente en este caso, la figura del hábeas data.

²⁷ Como ejemplos tenemos los estados de Veracruz (2000) Guanajuato y Tlaxcala (2001) Chiapas (2002) Quintana Roo (2003) etc., las cuales han pasado con mas pena que gloria, ya sea por su poca difusión, mal instrumentación, o sencillamente por la desconfianza de la comunidad jurídica en la impartición de justicia en las entidades federativas, coaccionados, regularmente, por el Ejecutivo del Estado.

El proceso en la protección de datos personales

Resulta indudable que los derechos, ya sean llamados humanos, fundamentales, constitucionales o cualquier otra denominación que se les otorgue, tienen como finalidad proteger a las personas (en su acepción amplia) o mejor dicho, algún aspecto de la persona.

Así, por ejemplo, a la libertad no se le protege por sí misma, sino en un aspecto objetivo en relación a una persona, como su capacidad ambulatoria, su facultad para expresarse, de dedicarse al trabajo que se desee, de profesar la religión que elija, etc.; o la igualdad, no se protege como tal, sino en relación al derecho de una persona a ser tratada igual que otra en sus mismas condiciones o circunstancias o distinto respecto de una persona diferente a ella, o bien de no ser discriminada por alguna característica física o psicológica.

En ese sentido, la protección de los datos personales no puede tener como finalidad intrínseca que estos no sean vulnerados como tales, sino que su sentido y justificación subyace en la protección de algún aspecto de la persona a la que se encuentren relacionados²⁸.

El presente estudio, no tiene como finalidad abundar sobre la controversia en relación a los derechos o bienes que el hábeas data protege, sino en señalar aquellos en los que la doctrina converge, para que a partir de tales conceptos, se puedan establecer las bases procesales para su protección.

Cabe mencionar, que si bien en un principio la redacción del segundo párrafo del artículo 16 constitucional agregado por virtud de la reforma del 1° de junio de 2009, pudiera limitar o acotar el alcance o desarrollo de las figuras que protege el hábeas data, al referirse a la protección de datos personales y los derechos ARCO (acrónimo de acceso, rectificación, cancelación y oposición) el presente análisis, el cual es somero pues no es la finalidad del mismo, se hará atendiendo a que en el proceso legislativo de la citada reforma se menciona la necesidad de protección a

²⁸ Al respecto, Oscar R. Puccinelli señala: “Tal instrumentalidad de los derechos de y a la protección de datos se evidencia toda vez que la mera protección de datos no se sostiene por sí sola y únicamente se entiende como medio para la tutela de otros bienes jurídicos (sin llegar a reunir las notas típicas de la moderna concepción de las garantías para revestir tal categoría) que sí se sostienen por sí mismos...” en Protección de datos de carácter personal, editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 115. Así también, Miguel Ángel Ekmekdjian y Calogero Pizzolo, tienen una opinión en relación a tal tema: “...la protección de datos no ha sido imaginada para proteger a los datos *per se*, sino a su fundamento, que es la protección de una parte sustancial del derecho a la intimidad: la que se refiere a la información individual...” en Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 5.

El proceso en la protección de datos personales

la intimidad y vida privada de las personas, pero sobre todo, atendiendo al resto de los derechos fundamentales previstos en la Constitución con los cuales se robustece y debe interpretarse el derecho recién integrado, en un sentido tal, que se logre la mejor, mayor y mas amplia protección de los aspectos relacionados o que atañan a los datos personales.

Que mejor forma de establecer cuales son los aspectos que sí deberá proteger el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, que partiendo de la disección y señalamiento de los que se consideran datos personales; previo discernimiento de la naturaleza jurídica de la figura relativa, llámese hábeas data u otro apelativo con el que se denomine a la pretensión para la protección de datos personales, pues ésta será el continente de aquellos y de los derechos relativos.

I. Naturaleza jurídica

Puccinelli²⁹ parte, a fin de desentrañar la naturaleza jurídica del hábeas, data, de las causas que llevaron a la incorporación de esta figura procesal. Así, alude a los abusos de las dictaduras, de las centrales de información crediticia (Colombia) del acceso a la información pública (Perú) a la desaparición forzada de personas (Paraguay) y, en el caso Argentino, en especial, producto del período vivido entre 1976 y 1983, a proteger a los ciudadanos de su eventual aparición en registros estatales, sobre todo aquellos destinados a recolectar datos para servicios de inteligencia o de seguridad nacional.

Dichas razones históricas, señala tal autor, justificaban dar rango constitucional a los principios de hábeas corpus, respecto de los cuales, sostiene, otro tanto podría decirse de hábeas data.

Finalmente señala, que de acuerdo al sistema de reformas de la Constitución, el legislador recurrió al “ardid” de incluir al hábeas data, en el artículo del amparo, con lo cual coincide con la jurisprudencia local, que inclina su asimilación a tal juicio, antes que al hábeas corpus.

²⁹ Oscar R. Puccinelli, Protección de Datos de carácter personal, editorial Astrea, Bs. As. 2004, pp. 516-523.

El proceso en la protección de datos personales

Por su parte, Gozaíni³⁰ señala que la calidad como proceso constitucional del hábeas data resulta discutible cuando la configuración normativa de origen no es la Norma Fundamental; por tanto, apunta, es diferente la ubicación y el rango de garantía según se interprete nacida desde la Constitución, legislada por una ley procesal o reglamentada con independencia de su ubicación normativa.

Como características de este proceso, este autor nos dice que es: a) un proceso constitucional, rango que le otorga la calidad de los derechos que protege; b) autónomo, en cuanto la identidad propia que tiene el objeto a demandar, dando como justificación de tal característica, sobre todo, la norma constitucional que rige en su país (Argentina) pero además, señalando que en el amparo se requiere acreditar la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, mientras que en el hábeas data, no necesariamente; y, c) como consecuencia del anterior, que no se trata de un amparo sobre los datos personales, nuevamente en alusión a la ley de su país, sosteniendo que la confusión deriva de que el hábeas data se concibe como una modalidad del amparo en la reglamentación respectiva (artículo 37).

Finalmente cabe destacar de este autor, que no califica de equivocado el que se adopte al hábeas data como una modalidad del amparo -aunque no lo comparte- siempre que éste se tome como el género común donde reposar la garantía procesal única y permanente que es, en definitiva, el proceso judicial (sic).

Masciotra³¹, por su parte, destaca los polos doctrinarios en que se ubica al hábeas data por una parte, como un proceso constitucional autónomo, y por otra, como una modalidad del amparo, pasando por los criterios jurisprudenciales en los que se le considera como una modalidad del amparo; para concluir incluyéndose en ésta última opinión.

³⁰ Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales, doctrina y jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. pp. 383-389.

³¹ Mario Masciotra, El hábeas data, la garantía polifuncional, librería editora Platense, La Plata 2003, pp. 528-539.

El proceso en la protección de datos personales

Destacan de lo anterior cuatro temas: las causas que originan la creación del hábeas data (o la figura equivalente) en un país; qué tipo de derechos trata de proteger; su origen legislativo y; su autonomía respecto del juicio de amparo.

Partiendo de esos puntos de análisis, tenemos que en nuestro país, además del avance en el tema de la protección de datos personales vía acceso a la información pública, así como los compromisos internacionales asumidos por el estado mexicano, creo, sobre todo tomando en cuenta que las iniciativas respectivas datan desde 2005; son los acontecimientos señalados en la introducción de este trabajo (cédula de identidad única, el registro nacional de usuarios de telefonía móvil [RENAUT] y el robo de datos en poder del Instituto Federal Electoral) las causas principales que dan pie a que la protección de datos personales se ubique en el artículo 16 Constitucional.

Dada la calidad de los derechos que protege, en su rango de fundamentales (lo cual se explicará y justificará en el capítulo III) debe ubicarse a la pretensión relativa a la protección de datos personales, como una garantía constitucional mediante la cual deban protegerse estos.

Igualmente ubica en el rango Constitucional a la pretensión que nos ocupa, el hecho de que ésta tenga su origen en dicha Carta Magna, tanto en su artículo 6°, como en el 16.

La autonomía de la pretensión relativa a la protección de datos personales, en nuestro país, en relación al juicio de amparo deriva, por una parte, de su origen constitucional diverso, pues como se acaba de señalar, la protección de datos personales (en sus dos vertientes, en poder del Estado y en poder de particulares) se ubica en los artículos 6° y 16, de creación reciente (2007 y 2009) en tanto que el origen del juicio de amparo, se ubica en los artículos 103 y 107 constitucionales y se remonta a principios de siglo. Otra distinción que los separa y distingue son, el destino de protección de cada figura, pues mientras el amparo se advierte como una garantía polifuncional en la que se engloban todas las mal llamadas garantías individuales, la pretensión que nos ocupa, se centra en específico a la protección de datos personales en donde subyace, como se verá, la protección de la intimidad, honor, identidad personal y autodeterminación informativa (con sus

El proceso en la protección de datos personales

variantes). También otorga autonomía a la protección de datos personales, el hecho de que no necesariamente se requiere de la constatación de una afectación cuando se ejerce el derecho de acceso, una de las variantes, en tanto que en el amparo, necesariamente debe acreditarse la misma en atención al principio de agravio personal y directo que lo rige. Una última -sin que se diga que son las únicas- escisión entre las figuras que se analizan, que se advierte, la otorga el carácter mayormente preventivo de la protección de datos personales en contraposición con el carácter reparador del juicio de amparo; en donde, en la primera, se requiere por virtud de los derechos que protege y de su eventual irreparabilidad si no se da en forma oportuna, una mayor urgencia en su trámite y sigilo en el proceso respectivo.

Concluyendo, la figura relativa a la protección de datos personales, es una garantía constitucional autónoma.

II. Datos personales

La palabra “dato” proviene del latín “datum” - lo que se da – y significa “el antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho”³²

El “dato” es una representación de una porción de la realidad³³ que se encuentra en un documento o soporte - físico o lógico -³⁴

Luego, un “dato personal” será aquella representación de los aspectos de la realidad de una persona que se encuentre en un documento o soporte físico o lógico.

Pero ¿cuáles son los aspectos de la realidad de una persona? Para contestar esta pregunta, nos debemos basar en un análisis antropológico, pues es ésta ciencia la que estudia la realidad sobre aspectos biológicos y sociales de una

³² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

³³ Elías. Miguel S-. “Estudio del impacto de las nuevas tecnologías en la privacidad y sus repercusiones jurídicas, económicas y sociales”, http://vlex.com.ar/cn/Derecho_Inform@tico/14.

³⁴ Davara Rodríguez Miguel Ángel, La protección de datos en Europa, Universidad Pontificia, Comillas, Madrid, 1998.

El proceso en la protección de datos personales

persona³⁵, los cuales pueden ser susceptibles de encontrarse en un soporte físico o documento.

a. Datos de origen

Un primer aspecto, tanto social como biológico de una persona, tendría que ver directamente con aquella información que nos permita ubicarlo en el tiempo, el espacio y la sociedad, esto es, los antecedentes de la familia de la cual proviene, su origen étnico, su fecha y lugar de nacimiento, nombre, así como sus lazos de parentesco, tanto consanguíneos como civiles.

b. Datos externos

Otro aspecto de la realidad de una persona, tiene que ver con lo que llamo “datos externos” que no son más que las características físicas apreciables a simple vista, como la estatura, peso, edad, rasgos faciales (tipo y color de pelo, ojos, nariz, cejas, etc.) compleción, así como señas particulares (lunares, cicatrices, tatuajes, defectos, etc.

c. Datos internos

Los datos relativos al pensamiento humano, que denomino como “internos” se forman y van consolidando a través del crecimiento de la persona, su educación y vivencias, los cuales incluso siguen cambiando con el transcurso del tiempo aun en un adulto; mismos que tienen que ver con su orientación sexual, religiosa, con sus costumbres, creencias, afectos, vicios, fobias, filias, salud física, orientación política, valores morales; en fin, todo aquello que de alguna manera es resultado de la psique de la persona.

d. Datos personales no existenciales³⁶

³⁵ Harris Marvin, Introducción a la Antropología General, Alianza Editorial S.A., 7ª. Edición, 2004.

³⁶ Término tomado de Osvaldo Alfredo Gozaíni, “Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales” Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., en donde además se puede consultar una clasificación exhaustiva de los distintos tipos de datos, la cual es distinta a la presente, pues ésta sólo atiende al aspecto de la realidad que refleja el dato.

El proceso en la protección de datos personales

En un último plano, encontramos al campo más amplio de datos personales que, sin embargo, no son inherentes e intrínsecos a una persona, pues no son parte de ella invariablemente (como si lo son los datos externos e internos) sino que son producto de elecciones, condiciones sociales, conveniencias, comodidad, obligación o cualquier otra circunstancias que lleva a la persona a vincularse con diversas situaciones que resultan, *per se*, ajenas a la condición humana, pero que son datos relacionados con la persona, como sus propiedades, situación económica, estudios, actividades laborales, sociales, deportivas, número telefónico, correo electrónico, domicilio, claves de acceso, códigos, documentos de identificación como CURP, IFE, RFC, pasaporte, número de seguridad social, etc.

La anterior clasificación atiende, principalmente, a la naturaleza del dato, sin que se haga una selección subjetiva de los mismos, sino solo destacando los aspectos de la realidad de una persona, que puedan representarse y contenerse en un soporte físico.

III Derechos que el hábeas data protege

Teniendo un listado (mas que clasificación) de los datos personales, parecería fácil poder determinar qué aspectos de la vida de una persona deben protegerse si estos son manipulados por terceros o se dan a conocer; sin embargo no es así, pues las cuestiones objetivas que se señalan en este listado, tienen repercusión, esencialmente y para la materia que nos interesa, en cuestiones subjetivas de la personas, las cuales pueden tener variantes o niveles en cuanto a su importancia o trascendencia. Así también, los aspectos objetivos que reflejan el listado, se encuentran relacionados con derechos de otras personas o aspectos socioeconómicos con los cuales pueden entrar en tensión, o representar un límite para la protección de aquellos derechos que se ven afectados por el tratamiento de datos personales.

Por ello, partiremos de la base de que diversos autores coinciden en señalar que la figura del hábeas data protege la intimidad, el honor, la identidad, el derecho a la información y la autodeterminación informativa, como aspectos

El proceso en la protección de datos personales

principales, ramificados o diversificados en otras cuestiones o niveles de cada uno de ellos³⁷.

a. Intimidad

La idea de la protección a la intimidad, surge del artículo elaborado por los juristas norteamericanos Warren y Brandeis³⁸, “*the right to privacy*”, en donde realizan un análisis del *common law*, que les permite afirmar que éste reconocía un derecho general a la *privacy* que podía ser inducido de los precedentes de distintos casos sobre violaciones de la propiedad (*breach of property*) violaciones de la confianza (*breach of confidence*) violaciones del derecho de autor (*breach of copyright*) y también de difamación (*defamation*).³⁹

Gozaíni, define a la intimidad como el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos⁴⁰.

En referencia al tema, Oscar R. Puccinelli señala que algunos autores entienden que cuando se hace referencia al ámbito reservado de los individuos, en el cual, en principio, nadie puede inmiscuirse, debe distinguirse entre vida íntima (que se desarrolla en ámbitos a los que no tienen acceso los terceros) y vida privada (entendida como sinónimo de vida cotidiana)⁴¹.

Por su parte, Novoa Monreal explica, acerca de la doctrina alemana⁴², que ésta intenta profundizar el contenido de la intimidad distinguiendo círculos o esferas (*sphärentheorie*) concéntricas representativas de una graduación de la vida privada, desde el mas permisivo hasta el mas restringido. Así, señala, la esfera privada comprende todos aquellos comportamientos, noticias y expresiones

³⁷ Cabe señalar, desde este momento, que en el presente estudio no se abordará el derecho a la información, dadas las distintas y sustanciales diferencias con la protección de datos personales a que se refiere el presente.

³⁸ Ver en: <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>

³⁹ Miguel Ángel Ekmekdjian y Calogero Pizzolo, *Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 8-9.

⁴⁰ Osvaldo Alfredo Gozaíni, “Derecho procesal constitucional, habeas data, protección de datos personales”, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, pp.23.

⁴¹ Oscar R. Puccinelli, *Protección de datos de carácter personal*, editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 115.

⁴² Una crítica a la conveniencia de la aplicación de dicha doctrina, que conviene consultar, la podemos encontrar en Winfred Hassemer y Alfredo Chirino Sánchez “El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales” Editores del Puerto, Bs. As. 1997.

El proceso en la protección de datos personales

que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público; la esfera confidencial, abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza y, finalmente, como un círculo menor; el del secreto, que corresponde a las noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado han de quedar inaccesibles a todos los demás⁴³

Sin importar el nombre que se le otorgue al ámbito de protección,⁴⁴ debe destacarse, en primer lugar, que el derecho que se vislumbra como tutelado es aquél de todo individuo a que la información relativa a su vida y persona, no sea conocida por terceros, o sólo sea conocida la que tal persona desee; y por otra parte, señalar la importancia de definir y delimitar los diversos niveles de reserva de dicha información, tomando como punto de partida la relevancia de la misma en cuanto al nivel de introspección en la vida de una persona y el grado de infiltración que pudiera tenerse en la misma con su conocimiento.

Por ello, el hecho que se le denomine derecho a la privacidad, a la intimidad, al secreto, a la confidencialidad, etc., carece de relevancia procesalmente hablando, en la medida que se defina en la legislación relativa, qué datos deben protegerse más que otros, de acuerdo a la información que contengan en relación a la cercanía con lo más recóndito de la persona, su vida y pensamientos⁴⁵.

b. Honor

Todo individuo tiene un dinamismo interno que lo impulsa a conducirse y tratar a su propia persona, con respeto, en algunos es mas grande que en otros y varía dependiendo del contorno social que le rodea (igual puede desaparecer en

⁴³ Novoa Monreal Enrique, Derecho a la vida privada y libertad de información, Siglo XXI, Madrid, 1981.

⁴⁴ En este sentido Alberto Bianchi en “hábeas data y derecho a la privacidad”, pp. 161 y 866, señala que no existe distinción lingüística o jurídica entre lo íntimo y lo privado, especificando que, a lo sumo “podría decirse que lo íntimo, es más privado aun que lo privado”.

⁴⁵ Conforme al derecho estadounidense, puede hablarse de violaciones a la intimidad al menos en los siguientes casos: 1. Cuando se genere intrusión en la esfera o en los asuntos privados ajenos, 2. Cuando se divulguen hechos embarazosos de carácter privado, 3. Cuando se divulguen hechos que suscitan una falsa imagen para el interesado a los ojos de la opinión pública, 4. Cuando se genere una apropiación indebida para provecho propio del nombre o de la imagen ajenos, y 5. Cuando se revelen comunicaciones confidenciales, como las que se pueden llevar a cabo entre esposos, entre un defendido y su abogado, entre un médico y su paciente, etc. Pérez Luño Antonio E. “Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución, pp. 328 y 329.

El proceso en la protección de datos personales

ciertos seres humanos, que son los menos, por diversas y variadas circunstancias, ya sea sociales o personales). Éste dinamismo o sentimiento, no sólo exige a la persona un respeto absoluto e incondicional hacia si mismo, sino que se proyecta a exigirlo del resto de las personas. Es lo que se conoce como dignidad.

En relación íntima con tal concepto, está el honor, el cual es una cualidad propia de cada persona relacionada con su ética o moralidad, que se puede tener en mayor o menor medida, e incluso no tener, pero que se desenvuelve dentro de la esfera íntima de cada individuo⁴⁶.

Al respecto, O'Callaghan⁴⁷ señala: *“El concepto de honor, entonces, está representado por dos aspectos íntimamente conexos: a) el de inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y b) el de la trascendencia o exteriorización, representado por la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad”*.

En la trascendencia hacia otras personas es que se involucran otros aspectos derivados como la fama y reputación, que quedan comprendidos dentro de la protección del honor y dignidad; en tanto consisten la opinión que la gente tiene de alguien, el prestigio que se tiene en el grupo social, o estima que éste tiene a la persona.

Como vemos, la dignidad puede considerarse como el género y el honor la especie⁴⁸, pues mientras uno se refiere en términos generales al respeto a sí mismo, proyectado en una esfera interna y otra externa; el honor está relacionado con el respeto a un aspecto en particular, que serían los valores morales y éticos que cada individuo va adquiriendo durante su vida o estimando como referentes de lo que de su conducta debe exigir y que pretende sean valorados en la misma medida que él los considera valiosos, lo cual consiste en esencia, el ámbito que se debe proteger en cuanto a este tema.

⁴⁶ Oscar R. Puccinelli, Protección de datos de carácter personal, editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 120.

⁴⁷ Xavier O'Callaghan, Libertad de expresión y sus límites; honor, intimidad e imagen, Madrid, Edersa, 1994, pp. 45.

⁴⁸ Así lo entiende Pucinelli en la obra señalada en la cita anterior, ya que señala que el honor es un derivado de la dignidad humana.

El proceso en la protección de datos personales

c. Identidad personal

Cada persona, tiene una serie o conjunto de rasgos, tanto internos como externos, que lo distinguen de los demás. Así, cada individuo en el planeta resulta único a nivel físico (excepto los gemelos idénticos a nivel genético) pues sus características resultan irrepetibles, producto de las interminables secuencias genéticas,⁴⁹ en tanto que a nivel psicológico las diferencias son aun mayores, pues son el resultado de la educación, el trato familiar diario, las experiencias de vida, las elecciones personales, los gustos, costumbres, etc., lo que hace que las características de conducta, sean infinitamente distintas.

Al respecto, Fernández Sessarego⁵⁰ establece que la persona es portadora de un bagaje de atributos y caracteres psicosomáticos y sociales que, en razón de su exteriorización, permiten su individualización en sociedad y que hacen que cada cual sea uno mismo y no otro.

Por su parte, Cifuentes⁵¹ dice: *“El derecho a la identidad personal frena la posibilidad de que se desfigure o desnaturalice la personalidad jurídica del sujeto. Cuando es verídico lo que se dice de él no hay ataque a la identidad. Los datos personales pueden ser violados no obstante su verídica registración y también los datos de carácter estático, como el estado de la persona, el nombre, su edad, etcétera. Sin desnaturalizar la personalidad se la puede menoscabar informando, transfiriendo el dato, entrecruzándolo, captándolo sin autorización, manteniéndolo sin finalidad legítima, en fin, también desvirtuándolo. Pero en esos casos se advierte que no hay ataque al derecho a la identidad desde que ésta se respeta, sino a la persona en otros aspectos, en cuanto se viola la voluntad de no tener personalidad jurídica o algunos precipuos aspectos de ella en una base informática, a disposición de terceras personas, sean éstas públicas o privadas”.*

⁴⁹ Lawrence Wright, “Gemelos. Entorno, genes y el misterio de la identidad” Libros Aula Magna, primera edición, 2001.

⁵⁰ Fernández Sessarego, Carlos, El derecho a la identidad personal, Astrea, Bs. As., 1992 pp.113.

⁵¹ Cifuentes, Derecho personalísimo a los datos personales, LL, 1997-E-1323, y derechos personalísimos, citado por Pucinelli en Protección de Datos de Carácter Personal, editorial Astrea, Bs. As. 2004, p. 125.

El proceso en la protección de datos personales

Luego, lo que habrá de perseguirse cuando del derecho a la identidad se trate, es que el nombre, imagen⁵², identificación física, voz, etc., que nos distinguen del resto de las personas, sean tratados acorde nuestra realidad, esto es, que su uso se base en información veraz, cierta, fidedigna, que los datos relativos sean correctos.

d. Información⁵³

e. Autodeterminación informativa (ARCO)

Nogueira Alcalá⁵⁴ sostiene que el respeto a la vida privada e intimidad de las personas adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona.

Lo anterior es cierto, pues es a través de la autodeterminación informativa, que objetivamente el individuo puede proteger su esfera de intimidad en cuanto al tratamiento de sus datos personales se refiere; ya que teniendo el control de aquellos datos que se encuentran en poder de otras personas, tiene la posibilidad de manejar qué aspectos de su vida quiere que queden expuestos a la mirada ajena y cuales no, y quienes la pueden manipular.

Sin embargo, con el derecho a la autodeterminación informativa no sólo se hace objetivo o positivo el derecho a la intimidad o vida privada, sino que éste se

⁵² Cruz Villalon y Pedro y Pardo Falcón, Javier, en “Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978” pp. 107, dicen: El derecho a la propia imagen se entiende como una garantía frente a la captación, reproducción, filmación o publicación por fotografía, filmes o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, así como la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios o comerciales”.

⁵³ Como se anticipó, el presente estudio no aborda lo relativo a la información como parte de los derechos que protege el hábeas data, pues a mi juicio, el derecho a la información se aleja en gran medida de la materia esencial de tal figura, que es la protección de diversos aspectos de la persona con la vigilancia del tratamiento o manipulación que se le da los datos personales; ya que mientras aquél otorga una prerrogativa a favor de todo individuo de conocer, principalmente información pública, el hábeas data trata de proteger la esfera jurídica de la persona en cuanto a la intromisión en su vida personal. Y si bien pudiera considerarse que el hábeas data también abarca el derecho a obtener información sobre datos que alguna persona, ya sea oficial o privada, tenga de un individuo determinado, tal aspecto se recoge en el derecho a la autodeterminación, cuando prevé el acceso a las bases de datos. En cuanto al tema puede consultarse a Juan F. Armagnague (dir.) María G. Ábalos y Olga P. Arrabal de Canals (coords.) “Derecho a la información, hábeas data e Internet”, ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002.

⁵⁴ Humberto Nogueira Alcalá: “Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del hábeas data”, en *Ius et Praxis*, año 3, n° 1, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile) 1997, pp. 265.

El proceso en la protección de datos personales

basa, principalmente, en el derecho a la libertad⁵⁵, entendida en este caso, como la facultad de todo individuo para disponer sobre la publicidad de sus datos personales, o en palabras de Lucas Murillo⁵⁶, supone que la persona tenga la posibilidad de elegir qué información de su esfera privada puede ser conocida o qué otra debe permanecer en secreto, así como la facultad del propio sujeto para determinar quién y bajo qué condiciones puede utilizar esa información.

Pero además de que éste derecho involucra la protección de la intimidad y vida, y significa el ejercicio de un aspecto de la libertad de todo individuo (como sucede con la libertad ambulatoria, de expresión, de trabajo, etc.) otro aspecto sumamente importante se refiere a lo que su acrónimo nos remite, que es la diversificación o aspectos que comprende la autodeterminación a través de los cuales se hace objetivo, que son el acceso, la rectificación, cancelación y oposición, en el tratamiento de los datos personales, y su relación con el resto de los derechos que protege el hábeas data (intimidad, honor e identidad personal).

Así, cabe adelantar, lo cual se explicitará con mayor amplitud en el capítulo III, que el acceso tiene relación con el derecho de autodeterminación propiamente, que tiene toda persona de conocer cuál o cuales son los datos en poder de otra persona; la rectificación, con el derecho a la identidad, a fin de que los datos que se posean sean los correctos; la cancelación, con la sensibilidad o no de los datos que se contengan en la base de datos, y la oposición, con el cumplimiento de los principios en el tratamiento de los datos.

Además de la definición de lo que tales acciones significan, lo cual puede intuirse de la misma literalidad de las palabras que las identifican, más importante resulta establecer a qué tipo de datos puede accederse, cuáles rectificarse, cuáles son susceptibles de ser cancelados y respecto de cuáles el titular puede oponerse a que sean difundidos, o bien si se pueden ejecutar las cuatro acciones en relación a un mismo tipo de datos, tres, dos, o sólo una; y para ello, se debe

⁵⁵ Al respecto, Miguel Carbonell señala que los derechos de libertad e igualdad impregnan a todos los derechos fundamentales, y no sólo a los mas obvios. "Los derechos fundamentales en México" editorial Porrúa, México 2005, pp. 302.

⁵⁶ Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, El derecho a la autodeterminación informativa, Madrid, Tecnos, 1990; La construcción del derecho a la autodeterminación informativa, Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 104, abril-junio de 1999, pp. 35-60.

El proceso en la protección de datos personales

partir de la sensibilidad en la información que contengan los datos o sobre qué aspecto de la persona tratan, esto es, en qué medida invaden alguno de los derechos que protege el hábeas data (intimidad, privacidad, honor, fama, verdad, etc.) para que partiendo de esa ponderación se esté en posibilidad de establecer cuál o cuáles son las acciones que se pueden ejercer.

Es decir, importa a este aspecto establecer una idea mas o menos clara, más no inflexible, de que el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición, no podrá ejercerse invariablemente sobre cualquier tipo de dato, sino que dependiendo de la calidad de éste, se prevea cuál de estas acciones se puede intentar.

5. Límites y tensiones

Como se dijo antes, para poder establecer los alcances de la protección buscada y que se requiere objetivar vía procesal, no basta con conocer cuál es aquella información de la realidad de las personas que puede sustentarse en un documento o soporte físico, llamada dato, o los derechos involucrados cuando estos datos se manipulan; sino que además, es necesario también señalar cuáles son aquellos aspectos que ponen un límite a la protección de los datos personales o con cuales entra en tensión.

Para ello, que mejor que partir de las propias fuentes de las que emana la protección de los derechos relacionados con el hábeas data.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece en su artículo 19, el derecho a la libertad de expresión. Por su parte, el artículo 29 dispone que en el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las exigencias de la moral, el orden público y el del bienestar general en una sociedad democrática. Además, en el artículo 30, la Declaración prevé; disposición que se reproduce en casi todos los instrumentos internacionales relativos al reconocimiento de derechos; que ninguna parte del contenido de la misma podrá entenderse o interpretarse para conferir derecho a

El proceso en la protección de datos personales

alguien (Estado o persona -física o moral-) para desarrollar actividades o actos tendientes a la supresión de los derechos y libertades consagrados en ésta.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5, se reproduce la prohibición de interpretar el contenido del mismo a fin de socavar los derechos de otros. Así también, en su artículo 12 (en referencia al derecho de libertad ambulatoria) prevé que tales derechos no podrán ser objeto de restricciones, salvo cuando estén previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, moral pública o derechos y libertades de terceros. Similar contenido es el del artículo 19 que prevé el derecho a la expresión, la cual limita por causas expresamente fijadas por la ley, para asegurar el respeto a los derechos de terceros, su reputación, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y moral públicas.

En la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se prevé en su artículo 11 el derecho a la libertad de expresión, en su artículo 42, el derecho a la información, en tanto que en sus artículos 52 y 54, se prevé como parte de los alcances de los derechos garantizados el que su limitación debe estar establecida en la ley, que se debe respetar el principio de proporcionalidad y que ésta responda a objetivos de interés general; así como establece una prohibición del abuso del derecho, poniendo como parámetro lo que resulta común en los instrumentos antes mencionados, en cuanto a que no se deben interpretar sus disposiciones, en menoscabo de derechos o libertades de otros.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, sigue la misma línea de reconocimiento de la libertad de expresión, prohibición del abuso del derecho y la no interpretación contra los derechos de terceros, la cual se recoge en los artículos 10, 17 y 53; debiendo destacarse lo específico de las limitantes, pues establece: *“El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la*

El proceso en la protección de datos personales

protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

En ésta parte del mundo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también establece en su artículo 13 la libertad de expresión, y su artículo se denomina “*correlación entre deberes y derechos*” haciendo alusión a la limitante de los derechos de cada persona, por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Más específico en el tema, el Convenio 108 del Consejo de Europa, para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, prevé expresamente en su artículo 9 ciertas excepciones y restricciones, las cuales conviene citar literalmente y que dicen:

“Artículo 9. Excepción y restricciones:

1. No se admitirá excepción alguna en las disposiciones de los artículos 5, 6 y 8 del presente Convenio, salvo que sea dentro de los límites que se definen en el presente artículo.

2. Será posible una excepción en las disposiciones de los artículos 5, 6 y 8 del presente Convenio cuando tal excepción, prevista por la ley de la Parte, constituya una medida necesaria en una sociedad democrática:

a) Para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado o para la represión de infracciones penales; b) para la protección de la persona concernida y de los derechos y libertades de otras personas.

3. Podrán preverse por la ley restricciones en el ejercicio de los derechos a que se refieren los párrafos b), c) y d) del artículo 8 para los ficheros automatizados de datos de carácter personal que se utilicen con fines estadísticos o de investigación científica, cuando no existan manifiestamente riesgos de atentado a la vida privada de las personas concernidas”.

Por su parte, en nuestro país, la Constitución Política prevé en su artículo 6° la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información. Asimismo, en el segundo párrafo (motivo del presente estudio) del artículo 16, se prevé expresamente, en relación a la protección de datos personales, el acceso,

El proceso en la protección de datos personales

rectificación y cancelación de los mismos, que la ley deberá establecer los supuestos de excepción por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Por otra parte, se estipula en el artículo 7 la libertad de prensa; en el 21, que la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios, en las respectivas competencias que la Constitución señala; y en el 25, que el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de las libertades que otorga la Constitución.

Como se puede advertir, los instrumentos internacionales y la Constitución nacional, en las que se establecen diversos derechos y se reconocen las libertades de las personas, coinciden en que el ejercicio de un derecho, y no sólo el de la protección de datos personales, encuentra su límite en los derechos de terceros, en la seguridad y salud públicas (por motivos de orden, bien común, bienestar general, democracia, etc.) así como la economía.

I. Libertades y derechos de terceros

En justificación al límite impuesto por los derechos de terceros, cabe citar a Armagnague, Ábalos y Arrabal⁵⁷, cuando aluden a los límites de los derechos a la información, en tanto señalan que todos los derechos deben ser ejercidos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, atendiendo a su razón teleológica de ser y el interés que protegen, que no puede ser extendido en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los cuales se hallan la integridad moral y el honor de las personas.

En ese mismo sentido, Gregorio Badeni⁵⁸ afirma que de la misma manera que el reconocimiento de la intimidad no puede conducir al exceso de anular otras

⁵⁷ Juan F. Armanague (director) María G. Ábalos y Olga P. Arrabal de Canals (coordinadoras) Derecho a la información, hábeas data e Internet, ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002, pp. 227.

⁵⁸ Gregorio Badeni, Derecho Constitucional. Libertades y garantías, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

El proceso en la protección de datos personales

libertades constitucionales, tampoco el ejercicio de cualquiera de éstas últimas puede desembocar en el cercenamiento liso y llano de la intimidad.

Es decir, si la finalidad de una garantía constitucional es la protección de un aspecto de la realidad de la persona, su ejercicio no puede realizarse contra o en menoscabo del derecho de un aspecto de la realidad de otra, pues entonces éste se convertiría, ya no en una garantía de protección, sino en el instrumento mediante el cual se cercena, limita o restringe un derecho, lo cual va contra su naturaleza teleológica.

II. Seguridad y III. Salud pública.

La inclusión de las limitantes consistentes en la seguridad y la salud públicas resulta fácil de justificar, si se parte de la idea de que el interés público no puede supeditarse a un derecho particular, por muy estimado que éste sea. Esto es, el beneficio de una comunidad entera no puede verse mermado por favorecer el ejercicio, uso o aprovechamiento del derecho por parte de una sola persona. Así, tratándose de cuestiones de seguridad nacional en donde se involucren problemas relativos a la soberanía, guerra, invasión, epidemia, pandemia, relaciones internacionales, información diplomática, investigación delictual, disturbios sociales, etc., relacionados con datos de carácter personal que sea necesario conocer a fin de salvaguardar aquellos bienes superiores, la intromisión y limitante en el trato de dichos datos, se encontrará justificada.

No obstante la fácil justificación aludida, cabe apuntar, como señala Puccinelli al referirse a las objeciones hechas valer por parte de diversos Senadores al dictaminar la ley argentina, que los conceptos de seguridad pública y orden público, pudieran ser muy amplios, sin embargo, la ponderación respectiva corresponderá al órgano jurisdiccional a fin de determinar si, en cada caso concreto, efectivamente se actualiza alguna razón que esté relacionada con la seguridad y el orden público⁵⁹.

⁵⁹ La Ley de Amparo, en el capítulo relativo a la suspensión, establece en su artículo 124 a manera de ejemplo, cuándo pueden considerarse que se contravienen disposiciones de orden público, o se sigue perjuicio al interés social. Además, los Tribunales del Poder Judicial de la Federación han elaborado diversas tesis

El proceso en la protección de datos personales

Las excepciones a que se alude, explica Velázquez Bautista⁶⁰ deben ser lo más reducidas posibles en su número y [en] su interpretación, lo más favorable a los ciudadanos.

Además, el derecho de terceros, la seguridad y salud públicas (expresados en forma general) que se mencionan aquí como limitante al ejercicio del derecho de protección de datos personales, no son absolutas.

En efecto, coincidiendo con Jorge Kraut⁶¹ y contrario a lo que sostiene Ekmekdjian⁶², debemos decir que: *“Si se acepta doctrinariamente la relatividad de los derechos constitucionales, ante una situación de confrontación, sólo cabe admitir tendencias que lleven a armonizar las normas de igual rango que protegen derechos de tan singular valía axiológica (sic). Frente a cada caso concreto, la justicia deberá establecer la posición preferencial particular...”*; pues precisamente por el contenido axiológico de los derechos que puedan llegar a encontrarse en pugna y la calidad subjetiva de los mismos, no puede válidamente establecerse una regla general o una jerarquización como la que propone Ekmekdjian, ya que se correría el riesgo de inflexibilizar el valor de estos derechos, creando fórmulas que no atienden a los hechos, al grado tal de que en una colisión no se pudieran equilibrar o armonizar con otros derechos, provocando la trasgresión injustificada de alguno de ellos.

Es decir, que en cada caso concreto y cuando se confronte el ejercicio del derecho de protección de datos personales, con otro derecho de un tercero, con cuestiones de seguridad o salud pública (entendidas éstas, se reitera, en un sentido amplio) la autoridad jurisdiccional deberá realizar la ponderación relativa⁶³

acerca de lo que se debe entender por tales conceptos, la manera en que se deben abordar, que cuestiones se tienen que tomar en cuenta para su valoración, etc.

⁶⁰ Velázquez Bautista, Protección jurídica de datos personales automatizados, Madrid, Colex, 1993.

⁶¹ Jorge Alfredo Kraut, “Información: un derecho constitutivo del hombre en sociedad. Algunos enfoques jurídicos”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) y Parellada, Carlos A. (coord.) Derecho de daños, La Rocca, Bs. As. 1993, 2ª. parte.

⁶² Miguel Ángel Ekmekdjian, Manual de la Constitución argentina, 3ª. Edición, editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 1-19, en donde sostiene la jerarquización de los derechos constitucionales y coloca en primer rango la intimidad, frente a un conflicto con el derecho a la información.

⁶³ En cuanto al tema, Néstor Pedro Sagües dice: “...Por ello, si existe la negativa estatal fundada en razones de seguridad o secreto de Estado, tendrá el juez del hábeas data que evaluar su grado de razonabilidad o irrazonabilidad (en el caso concreto) y decidir en consecuencia”, Acción de Amparo, p. 682; posición sostenida en Subtipos de hábeas data, JA, 1995-IV-532.

El proceso en la protección de datos personales

a fin de establecer si efectivamente la oposición de tal derecho se encuentra justificada y es razonable⁶⁴, y por ende, si la pretensión resulta viable.

IV. Economía y mercado

El factor de la economía, más que una limitante, significa un punto de colisión con el ejercicio del derecho de protección de datos personales.

Es el Estado, por mandato constitucional quien tiene a su cargo la rectoría y conducción de la economía del país, así como el ejercicio exclusivo en diversas áreas estratégicas, como la de los hidrocarburos, la electricidad, las telecomunicaciones, el Banco Central, etc. Es sobre todo en materia de solvencia y riesgo crediticio en donde le importa la existencia de una base de datos y la regulación correspondiente acerca de la misma⁶⁵, de ahí que en nuestro país, como se vio en los antecedentes, desde el 15 de enero de 2002, exista la Ley para Regular a las Sociedades de Información Crediticia.

Tal legislación, además de que resulta indispensable para monitorear el cumplimiento de las obligaciones crediticias, la morosidad consuetudinaria o fraudulenta, permite la existencia de líneas de crédito sin garantías o la reducción de las tasas de interés, por citar algunos beneficios;⁶⁶ pero representa también, un riesgo cuando su uso o funcionamiento resulta deficiente para aquéllas personas que sí trabajan, producen y crean fuentes de trabajo, y no incurrir en un mal manejo del crédito, pero que por alguna vicisitud han caído en mora en algún crédito, o pasado por difíciles momentos económicos; de ahí que la actualización de tales bases de datos y el uso bajo el consentimiento expreso de la persona relacionada con algún crédito, principalmente, sean factores que tienen que

⁶⁴ Al respecto se cita la tesis LXXXIV/2008 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como un ejemplo de la forma en que se aplica el principio de proporcionalidad, cuyos datos de identificación son: Registro No. 169489 Rubro: IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. Localización: 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVII, Junio de 2008; Pág. 440; [T.A.]

⁶⁵ Muestra de la trascendencia de tal información, es la crisis mundial 2008-2009 provocada por el caos financiero hipotecario ocurrido en los Estados Unidos de América, resultado, sobre todo de la cartera vencida de clientes sobre los que no se tenían datos de insolvencia y a quienes se les otorgaron créditos hipotecarios que no pudieron pagar.

⁶⁶ Alejandra M. Gil Carbó, "Régimen Legal de las Bases de Datos y Hábeas Data", Editorial La Ley, Tucumán, 2001, pp. 139.

El proceso en la protección de datos personales

encontrarse estrictamente vigilados y sometidos a la acción jurisdiccional de la protección de datos, pues tienen repercusión en amplios sectores de la economía que se basan en el manejo del crédito como forma común de transacción comercial, más no de una forma privilegiada o con una legislación *ad hoc*, como sucede en muchos países, sino en un plano de igualdad con el resto de los responsables de las bases de datos.

Por otra parte, aun con los avances tecnológicos, el mercado económico se sigue basando en la antigua ley de la oferta y la demanda; sin embargo, el uso de ésta se ha visto modificada, pues los sondeos, entrevistas y estadísticas relativas a la preferencia o gusto de algún producto, ha sido implementada mediante los avances científicos sobre todo en materia de informática.

Así, por ejemplo: *“...la sola navegación implica la posibilidad de que sea violada nuestra intimidad, porque vamos dejando rastros de nuestro perfil, costumbres, etc., que pueden ser observados, seguidos y utilizados, mediante las herramientas llamadas cookies⁶⁷, y se ha llegado, en muchos casos, al sorprendente consejo oficial de hacerlo anónimamente. Esto ha sido denominado teoría del mosaico, según la cual una serie de datos neutros pueden llegar a ser relevantes, cuando se trata de servir a una finalidad diferente, proporcionando claves insospechadas sobre una persona...⁶⁸”*. Por ello, no es de extrañarse que cualquier persona, al abrir su correo electrónico, encuentre mensajes publicitarios que verdaderamente atiendan a sus necesidades o gustos.

Lo anterior, también tiene un punto de colisión con la protección de datos, en la medida que si bien éste intercambio de información permite, por una parte, la agilización de la ley de la oferta y la demanda, con lo cual se promueve la economía ante el flujo de dinero derivado de ésta explotación y exposición publicitaria; por otro lado, a través de la tecnología y casi siempre sin consentimiento e incluso sin conocimiento de quien se recaba la información, las diversas empresas o personas que se dedican a la recopilación de información

⁶⁷ Para mayor información en cuanto al término, consultar Osvaldo Alfredo Gozaíni, “Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales” Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As.

⁶⁸ Juan F. Armagnague (dir) María G. Ávalos y Olga P. Arrabal de Canals (coods.) Derecho a la información, hábeas data e Internet, ediciones La Rocca, Bs. As. 2001, pp. 502.

El proceso en la protección de datos personales

con fines publicitarios⁶⁹, hacen uso de los datos personales a su mejor conveniencia, con lo cual se pueden llegar a violar la intimidad, honor, dignidad, secreto, etc., de la persona sobre quien se divulgan tales datos.

V. Concurrencia con otras legislaciones

Otro punto de colisión que conviene mencionar, es el relativo a que el ámbito de protección de los datos personales, en relación a los derechos que trata de blindar, converge con el ámbito de otras materias; por lo cual resulta necesario escindir unas y otras.

Los artículos 210, 211 y 211 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, prevén el delito de revelación de secretos. El primer artículo, se refiere a los casos en que se revele un secreto o comunicación reservada que conoce una persona por virtud de su empleo, sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento. El segundo, se refiere en los mismos términos, pero en relación a quien presta servicios profesionales, servidor público, o el secreto sea de carácter industrial. El último artículo en cita, especifica que cometerá tal ilícito quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas por virtud de la intervención de una comunicación privada.

Por otra parte, los artículos 350 y 356, del mismo código, prevén los delitos de difamación y calumnia. A la difamación, la define como la comunicación dolosa a una o mas personas de la imputación que se hace a otra persona física o moral (en los casos previstos en la ley) de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio o exponerla al perjuicio de alguien. En tanto que la calumnia, la define como la imputación a otro,

⁶⁹ Por ejemplo, la empresa mexicana Publex Deliver (<http://www.publexdeliver.com.mx>) ofrece el servicio para recibir, mediante suscripción, mensajes de publicidad vía correo electrónico, de sus clientes, tales como anuncios, descuentos, eventos, tarifas, rifas, etc. Para ello ofrece un formato de suscripción que se llena con diversos datos, a los cuales, dice en una cláusula, se puede acceder, rectificar, cancelar u oponer (ARCO). Sin embargo, en las “políticas de privacidad” establece que el correo que usan, pudo haber sido usado porque la persona así lo hizo intencionalmente, lo cual no tiene mayor relevancia ante el consentimiento; porque la persona está inscrita o pertenece a alguna Cámara de Comercio o lo anexo a su sistema alguna amistad. Estos dos últimos supuestos, flagrantemente atentan contra el principio de consentimiento que rige el tratamiento de datos, porque se permite el uso del correo electrónico, y por ende la posibilidad de las cookies que rastrean información, por la inclusión en una base de datos realizada para otros fines (la Cámara de Comercio) o bien porque algún tercero haya incluido nuestro correo en alguna cadena. Al menos en otra parte de sus políticas, establece que ellos no utilizan cookies en sus envíos o sistemas, ¿será cierto?.

El proceso en la protección de datos personales

de un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este es falso o inocente la persona a quien se le imputa.

Como se puede advertir, los delitos antes mencionados son de acción, en donde los bienes jurídicamente tutelados lo son la secrecía de la información que se conoce y el honor (incluidas fama, prestigio e imagen) respectivamente.

Ahora, el Código Civil Federal (México), establece en su artículo 1916, que por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí mismas tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Una primera distinción que se puede hacer de las legislaciones civil y penal, con aquella figura procesal relativa a la protección de datos personales, es que las primeras indefectiblemente se llevarán a cabo una vez que ha ocurrido un hecho u omisión que haya causado un menoscabo en algunos de los derechos de la persona antes enunciados; en tanto que la segunda, puede incoarse, después de ocurrido el hecho u omisión, pero también antes de que se dé cualquier perjuicio, ya sea para conocer los datos personales que se tienen de una determinada persona, su origen o contenido.

Una segunda distinción, recae en el hecho de que la procedencia de la pretensión penal o la de responsabilidad civil, precisa necesariamente un perjuicio contra la persona y en cambio, en la pretensión relativa a la protección de datos personales, no necesariamente se tiene que acreditar un daño o perjuicio, como se explicará en el capítulo III (adelantando como ejemplo, aquellos casos en que sólo se solicita la actualización o rectificación de datos).

También se advierte, como un tercer elemento distintivo, que las pretensiones penal y civil, obran como sanción hacia el ofensor, lo cual no ocurre en la protección de datos personales, pues ésta sólo busca conocer en qué base de datos se encuentran los propios y en caso de su manipulación incorrecta, que ésta cese o se corrija.

El proceso en la protección de datos personales

Finalmente, sin que se sostenga que no existan mas diferencias, sino simplemente las más evidentes, es que tanto la pretensión penal, como la civil, una vez lograda la sentencia condenatoria, la obligación se desenvuelve como indemnización, y no como un deber de realizar tal o cual acto, como correspondería al hábeas data.⁷⁰

Es decir, las legislaciones penal y civil, buscarán finalmente la reparación del daño vía indemnización monetaria; sin embargo, la protección de datos personales, como garantía constitucional, no busca tal indemnización, sino su objetivo es realizar aquellos actos tendientes a restituir a la persona en el derecho afectado, vrg., la corrección de datos, su actualización, supresión, etc.; ello, en principio, porque el segundo párrafo del artículo 16 constitucional que sustenta tal figura, no autoriza a reclamar la indemnización por este medio, y en segundo lugar, porque como garantía constitucional, la función que deberá desempeñar será primordialmente el respeto a la Constitución, al igual que otras garantías, como el juicio de amparo⁷¹, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

Así, si bien las pretensiones penal y civil, pueden confluir en los hechos que las generen con aquella relativa a la protección de datos, ello, se estima, no es obstáculo para que en su caso puedan intentarse una u otra, o todas a la vez; pues las mismas son autónomas y sus finalidades distintas, ya que las repercusiones que los mismos hechos pueden ocasionar, son distintos en cada

⁷⁰ Osvaldo Alfredo Gozáni, “Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales”, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. Pp. 32.

⁷¹ La Ley de Amparo establece en su artículo 80 que la sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado (de aquí la terminología) en el pleno goce de la garantía individual (en realidad se refiere al derecho fundamental) violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación cuando el acto reclamado sea de carácter positivo, y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija. Además, excepcionalmente prevé en el artículo 105, y una vez que se hubiere determinado el incumplimiento o la repetición del acto reclamado y, se agrega, ante la imposibilidad material de cumplir con la sentencia, el cumplimiento sustituto de la sentencia cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso; lo cual invariablemente concluirá en el pago de una indemnización monetaria.

materia; excepción hecha, claro, cuando en el proceso penal se da la reparación del daño, pues si esto ocurre, ya no se podrá reclamar en la vía civil.⁷²

CAPÍTULO II. DERECHO COMPARADO (PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS DEL HÁBEAS DATA)⁷³

El presente capítulo tiene un carácter descriptivo principalmente, y analítico en menor medida, limitado a establecer cuáles son los aspectos procesales que se consideran más importantes de la figura del hábeas data o de la protección de datos personales, así como el trato que se le da a tales figuras en Argentina, Perú y España.

La selección de tales Estados obedece, en el caso de Argentina, por la profusa actividad literaria que existe en el mismo acerca del tema; Perú, por la novedad que importa la elaboración de su Código Procesal Constitucional (2006), y España, como un referente del continente europeo en donde se ha legislado con mayor puntualidad y cuidado acerca de aspectos sustanciales de la protección de datos personales, pero que sorprende, al menos en ese país, el tratamiento procesal que se le da a esta figura como un trámite administrativo.

Como todo ejercicio comparativo, éste nos servirá para establecer cuáles son las bondades de la figura que se han detectado con su manejo a través del paso del tiempo, y cuáles aquellos aspectos que han tenido una repercusión negativa, poca utilidad, o ineficacia en la práctica; lo cual nos llevará a aprovechar la experiencia en otras latitudes, que sirva para la construcción en nuestro país de una garantía constitucional efectiva.

⁷² Son orientadoras al respecto las siguientes tesis: Registro No. 169211, Rubro: RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. PUEDE FINCARSE NO OBSTANTE QUE ÉSTOS SE ENCUENTREN SUJETOS A PROCEDIMIENTO PENAL POR LOS MISMOS HECHOS. Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXVIII, Julio de 2008; Pág. 7; [T.A.] y; Registro No. 193487, Rubro: SERVIDOR PÚBLICO, LA RESPONSABILIDAD DEL, TIENE DIVERSOS ÁMBITOS LEGALES DE APLICACIÓN (ADMINISTRATIVA, LABORAL, POLÍTICA, PENAL, CIVIL). Localización: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; X, Agosto de 1999; Pág. 799; [T.A.].

⁷³ Para mayor información acerca de la regulación internacional sobre este tema, el IFAI se ha preocupado, a partir de abril de 2010, fecha en que se aprobó la Ley Federal de Protección de Datos en Posesión de Particulares, en compilar una amplia información, la cual puede ser consultada en la siguiente dirección: <http://www.ifai.org.mx/RegulacionInternacional/leyesInternacionales>.

1. Argentina (Ley 25.326 Ley de Protección de los Datos Personales)

Inspirado en el artículo 53 de la Constitución Española de 1978, el constituyente argentino de 1994 incorporó el artículo 43 que en lo conducente establece:⁷⁴

“...Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las acciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización.

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

Del artículo transcrito se advierte, en primer término que el tratamiento que se le da a la protección de datos personales en Argentina, es el de una sub-especie del amparo, o un amparo específico; lo cual se confirma con la redacción del artículo 37 de la Ley, misma que establece que la acción de hábeas data se tramitará según el procedimiento que corresponde a la acción del amparo común.

Al respecto, Domingo García Belaunde dice: *“...Brasil fue el primero en introducir el hábeas data en su Carta Constitucional, y otros lo han seguido. Y lo han hecho como figura autónoma. Pero en otros casos, como lo es la reforma argentina de 1994, existe como un subtipo de amparo. Es decir, en la Argentina no existe el hábeas data sino el amparo en su vertiente protectora del dato. Pero, pese a no existir, la doctrina de manera dominante y cierta jurisprudencia*

⁷⁴ María Mercedes Serra, “El hábeas data en el derecho argentino” Editorial Juris, Argentina 2001, pp. 6.

El proceso en la protección de datos personales

*aceptando este hecho tienden a denominarlo como hábeas data, ya que de esta forma es más específico y más preciso en su protección”.*⁷⁵

También Gozaíni tiene una opinión en cuanto al tema: “...Por ello, interpretamos que el hábeas data es un proceso constitucional autónomo, pero reconocido desde el artículo 43 de la Constitución. Como este no crea un proceso sino un derecho a la tutela judicial efectiva, el diseño procedimental puede encarrilarse por caminos propios sin necesidad de acotarlo al perfil del proceso de amparo tradicional. Y si bien este figura mencionado en la ley, de todos modos no se puede tomar como pauta principal desde que, si así fuera, quedaría vulnerado el principio de la vía directa que el amparo promete, al establecer la ley de defensa de los datos personales una vía administrativa de reclamo anterior”.⁷⁶

Una segunda cuestión que sobresale de la redacción del artículo 43 constitucional argentino, resulta de la condicionante para la procedencia de la acción de hábeas data, el que no exista un medio judicial más idóneo; lo cual de alguna manera le da un rol subsidiario muy parecido al amparo mexicano en el que se prevé el principio de definitividad, que consiste básicamente en que no se puede promover tal juicio, sin haber agotado antes los recursos o medios de defensa idóneos, el cuál tiene algunas excepciones (por ejemplo, cuando se afecta la libertad personal, cuando el acto carece de fundamentación, cuando se trate de personas extrañas al procedimiento, etc.).

Al analizar éste problema, Gozaíni señala que si se toma al hábeas data como una modalidad del amparo, ésta debe competir con las vías judiciales paralelas o concurrentes, en tanto que si se le excluye de ese entorno, permite establecer un proceso autónomo; por ello, concluye: “...el hábeas data no sólo es, sino que debe ser una acción directa, especial, autónoma e independiente de las reglas vigentes previstas para el amparo. La finalidad perseguida es impedir que en bancos, archivos o registros de datos se recopile información respecto de las

⁷⁵ Domingo García Belaunde, “El hábeas data y su configuración normativa (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993), en *Liber Amicorum* Héctor Fix Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, vol. I.

⁷⁶ Osvaldo Alfredo Gozaíni (coordinador) “La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data”, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As. 2001, pp. 10.

El proceso en la protección de datos personales

*personas físicas o jurídicas, cuando dicha información esté referida a aspectos de su personalidad vinculados directamente con la intimidad”.*⁷⁷

Altmark, Daniel R. y Molina Quiroga Eduardo, explican que el texto aprobado por la Convención reformadora, habilita la acción siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, con lo cual se entiende que la acción expedita y rápida de amparo procede aun cuando existan otras vías procesales administrativas o judiciales para evitar que en forma actual o inminente se lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. De tal modo, concluyen los autores citados, el énfasis para analizar la admisibilidad de la acción de amparo y por ende, de hábeas data, no debe estar en la actualidad centrada tanto en la inexistencia de otras vías, sino en que éstas, que ahora deben ser judiciales, sean más idóneas.⁷⁸

Por su parte Sagües señala que en forma análoga a lo que ocurre con el amparo, se trata de un remedio subsidiario, esto es, que no excluye vías ordinarias que existieren con el mismo objeto que se intenta a través del hábeas data. Salvo, claro está, que la urgencia o lo imperioso de la situación que se pretende resguardar o a la que se quiere acceder mediante el hábeas data, justifique obviar el tránsito por los otros medios normales existentes, en aras de obtener de una manera más rápida la tutela de los derechos supuestamente lesionados.⁷⁹

También debe destacarse que las acciones de supresión, rectificación, confidencialidad y actualización de los datos, aspectos que se refieren al derecho de autodeterminación en sus variantes ARCO, que prevé el artículo 43 de la Constitución Argentina; se encuentran condicionadas, para que prosperen, a la arbitrariedad, ilegalidad, falsedad o discriminación del tratamiento de tales datos, entendiéndose tal condición como lo que en derecho procesal se conoce como legitimación en la causa, esto es, la condición para obtener una sentencia

⁷⁷ Osvaldo Alfredo Gozaíni, “Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales”, Rubinzal-Calzoni Editores, Bs. As. Pp.469.

⁷⁸ Altmark, Daniel R. y Molina Quiroga Eduardo, “Hábeas data”, en L.L. 1996-A-1565.

⁷⁹ Néstor Pedro Sagües, “Subtipos de hábeas data en el derecho argentino”, en Leyes Reglamentarias de la reforma constitucional y sugerencias, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1996.

El proceso en la protección de datos personales

favorable⁸⁰; y no como un presupuesto procesal, como al parecer lo entiende Gozaíni, cuando refiere que el objeto que persigue el hábeas data se pone en duda ante la aplicación de los requisitos de arbitrariedad o ilegalidad porque la preocupación procesal es que se otorgue una herramienta útil, rápida y efectiva, sin otra condición que ser la vía judicial más idónea que responda al simple requerimiento de entrar a los archivos y una vez conocido el contenido, resolver sobre los datos que la afectan o conciernen⁸¹; pues la procedencia de la acción del hábeas data no requiere *prima facie* que se de la arbitrariedad, ilegalidad, falsedad o discriminación, sino que estas son cuestiones determinantes para declararla fundada o infundada.

I. Objeto.

Dada la redacción del artículo 43 constitucional, el ámbito de protección del hábeas data argentino es sumamente amplia, pues en éste se prevé que la acción se podrá intentar contra todo acto u omisión de autoridades o particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad, derechos y garantías reconocidos en la Constitución; esto es, no se limita al aspecto de protección de la intimidad, verdad o de igualdad, cuando se refiere al trato de datos con falsedad o datos discriminatorios, sino que lo amplía a cualquier otro derecho o garantía que se encuentren reconocidos en la Constitución, a lo cual cabría agregar que la protección se encuentra vedada para aquellos derechos que expresamente no se contemplen en la misma.

Posteriormente a la reforma constitucional, el 4 de octubre de 2000, el Congreso de la Nación, sanciona la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales.

En tal legislación (artículo 1) se establece que el objeto de la misma es la protección integral de los datos personales, definiendo a estos (artículo 2) como la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal

⁸⁰ Ver en cuanto al tema: Registro No. 169271. Rubro: LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. SÓLO PUEDE ESTUDIARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA. Localización: 9a. Epoca; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXVIII, Julio de 2008; Pág. 1600; [J].

⁸¹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, "Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales", Rubinzal-Calzoni Editores, Bs. As. pp.468.

El proceso en la protección de datos personales

(morales) determinadas o determinables; que se encuentren asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes; y que ello es para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas.

Así también, se especifica en los artículos 13, 14 y 16, el derecho de toda persona a solicitar y obtener información del organismo de control relativa a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables; así como el derecho a que sean rectificadas, actualizadas y, cuando corresponda, a que sean suprimidos o sometidos a confidencialidad.

También en cuanto al tema, el artículo 33 prevé que la acción procederá, por una parte, para tomar conocimiento y, por otra, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización, agregando que este tipo se intentará en los casos en que se presuma falsedad, inexactitud, desactualización de la información o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido; esto es, datos sensibles de acuerdo al artículo 7, los cuales define el artículo 2, como aquellos que revelen origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

En el plano de la jurisprudencia, se ha destacado que el habeas data tiene cinco objetivos principales: a) que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos; b) que se actualicen datos atrasados; c) que se rectifiquen los datos inexactos; d) que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros; y, e) que se suprima del registro la llamada “información sensible” ⁸²(vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales)⁸³

⁸² C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 5/9/95-Farrel, Desmond A. v. Banco Central de la República Argentina y otros, JA 1995-IV-350, con nota de Néstor P. Sagüés, y C. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala 4ª, 4/10/95, Carlos R. Gaziglia y otro V. Banco Central de la República Argentina, citados por Marco A. Rufino, “Habeas data”, J.A., 1996-III-1102/7.

⁸³ Oscar Puccinelli “El hábeas data en indoiberoamérica” Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia 1999, pp. 236.

El proceso en la protección de datos personales

II. Vías previas

El artículo 13 de la Ley, dispone que toda persona puede solicitar información al organismo de control (léase entidades estatales y públicas) sobre la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos personales, sus finalidades y la identidad de sus responsables; y tal consulta, deberá ser pública y gratuita; esto es, en este artículo se otorga la facultad al gobernado, para saber si en una determinada base de datos, existe información sobre su persona.

En tanto que el artículo 14, en su inciso 1, dispone la misma facultad, pero para acceder a tal información.

De la misma manera, el artículo 16 establece que el titular de los datos, podrá solicitar al usuario la rectificación, actualización, supresión o que sean sometidos a confidencialidad sus datos.

Para que se cumpla con tales pedimentos, se prevén distintos plazos (cinco y diez días) así como la forma y contenido de la información que el usuario se encuentra obligado a proporcionar (artículo 15).

Si una vez vencido el plazo no se satisface la solicitud o si la misma se considera insuficiente, dispone el artículo 14, queda expedita la acción de protección de datos personales. En iguales términos establece el artículo 16, que el incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado, habilitará al interesado a promover sin más, la acción de protección de datos personales.

Por otra parte, el artículo 38 prevé que el accionante deberá justificar que se han cumplido los recaudos que anteceden al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley.

Es decir, las normas señaladas disponen que antes de promover la demanda de hábeas data, el accionante deberá solicitar a aquella persona pública o privada, información sobre datos que pudiera tener sobre ella, que le sea proporcionada, que se rectifique, que se actualice, que se suprima o que se someta a confidencialidad.

El requisito de procedibilidad consistirá entonces, en que a la demanda deberá acompañarse, una prueba de que antes de acudir a ejercitar la pretensión constitucional de hábeas data, se solicitó a la persona ya sea información, acceso,

El proceso en la protección de datos personales

rectificación, supresión, actualización o sometimiento a confidencialidad, en relación a los datos que tenga en su poder.

Pero además, no puede tratarse de cualquier prueba, pues el artículo 14 dispone que la intimidación debe ser "fehaciente".

Al respecto, el Reglamento aclara un poco el punto, ya que dispone que la solicitud no requiere de fórmulas específicas, que ésta puede ser directa presentándose el interesado ante el responsable de la base de datos, previa acreditación de su identidad por cualquier medio documental fehaciente; o bien indirecta, a través de un escrito presentado en la recepción, medios electrónicos, líneas telefónicas, reclamación en pantalla u otro medio idóneo a tal fin.

Asimismo, el artículo 13 del Reglamento, señala que la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales (CNPDP) establecerá las condiciones y requisitos para efectuar la consulta pública. Al respecto, en la página web de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, se pone a disposición del público el siguiente modelo⁸⁴:

⁸⁴ Consultable en <http://www.jus.gov.ar/dnppnew/>

El proceso en la protección de datos personales

FORMULARIO PARA LA RECTIFICACIÓN, ACTUALIZACIÓN O SUPRESIÓN DE DATOS PERSONALES INCLUIDOS EN BANCOS DE DATOS (1)

DATOS DEL RESPONSABLE DEL BANCO DE DATOS

Nombre:

.....

Domicilio:

.....

C.P..... Localidad:

Provincia:

DATOS DEL SOLICITANTE (TITULAR DE LOS DATOS PERSONALES)

D./D^a., con domicilio en

..... N° piso depto., Localidad

..... Provincia de, C.P.

....., teléfono, e-mail:

D.N.I, del que se acompaña fotocopia, por medio del presente escrito manifiesta su deseo de ejercer el derecho de **rectificación / actualización / supresión**, de conformidad con el artículo 16 de la Ley N° 25.326, y el artículo 16 de su Decreto Reglamentario N° 1558/01.

SOLICITO:

Que en el plazo de cinco (5) días hábiles desde la recepción de esta solicitud se proceda gratuitamente a la **rectificación/actualización/supresión**, de los datos relativos a mi persona que se encuentren en su base de datos. Los datos que deberán **rectificarse/actualizarse/suprimirse** se enumeran en la hoja anexa al presente, se acompañan los documentos que acreditan su veracidad.

Que me comuniquen por escrito a la dirección arriba indicada, la **rectificación/actualización/supresión** de los datos una vez realizada.

Que para el caso que el responsable del banco de datos considere que la **rectificación/actualización/supresión** no procede, lo comunique en forma motivada, por escrito y dentro del plazo de cinco (5) días.

Se deja constancia que si transcurre el plazo sin que en forma expresa se conteste la petición efectuada, ésta se entenderá denegada, en cuyo caso se podrá interponer el reclamo ante la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales y quedará expedita la vía para ejercer la acción de protección de los datos personales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 inciso 3 de la Ley N° 25.326.

En..... a los días del mes de..... de

20.....

¹ Los derechos se ejercen ante el responsable del banco de datos: Organismo Público o Privado, empresa, profesional o particular, que es quien dispone de los datos. La DNPDP no dispone de sus datos personales.

ANEXO DATOS QUE DEBEN RECTIFICARSE /ACTUALIZARSE / SUPRIMIRSE

- 1.
- 2.
- 3, etc.

Otro aspecto que aclara el Reglamento, es que el derecho de acceso se podrá exigir en cualquier momento, esto es, no existe una temporalidad al respecto que haga prescribir el derecho que se tiene a solicitar el acceso a una base de datos en la que se suponga que se cuenta con datos propios; en tanto que el derecho a la rectificación, supresión, actualización y confidencialidad también se puede solicitar en cualquier momento, siempre que no se hubiese ejercido la petición de acceso, pues en este caso, el plazo será de 30 días corridos siguientes a obtener la información.

El Reglamento aclara que el derecho de acceso será gratuito, siempre que no se exija en un tiempo menor a seis meses, pues en esos casos se podrá establecer una tasa por tal servicio.

Finalmente, cabe destacar que el artículo 17.1 del Reglamento prevé que cuando el usuario del banco de datos ejerza su derecho para negarse al acceso, rectificación, supresión, actualización o confidencialidad, tal decisión podrá recurriarse ante la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación de la denegatoria; lo que no aclara, ni la ley ni el reglamento, es si contra la negativa del usuario se puede promover la acción de hábeas data, si resulta necesario agotar tal recurso antes de acudir a promoverla, o si una vez que se agotó tal recurso contra el mismo se

El proceso en la protección de datos personales

puede promover la acción de hábeas data. Al respecto, en la página web de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, tampoco se aclara al respecto, sin embargo, en caso de duda, orienta, puede acudir al Área de Denuncias de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales⁸⁵.

III. Competencia

Argentina es un Estado federado (en el cual se ejerce el control difuso constitucional), de modo que cada provincia (17) tiene sus leyes de protección de datos y otras se han adherido a la ley nacional, como lo prevé el artículo 44 de la Ley de Protección de Datos Personales.

Además, cada Provincia (Estado) tiene su poder judicial local y un tribunal de circuito para cuestiones federales (es decir asuntos donde la Nación sea parte)⁸⁶. Asimismo, existe una distribución de competencias por materias: civil, comercial, del trabajo, criminal (penal), de seguridad social y administrativo.

Ésta aclaración⁸⁷, sirve para entender el contenido del artículo 36 de la Ley, cuando dispone que será competente el juez del domicilio del actor, el del domicilio del demandado, el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor; es decir, será el juez de la provincia de que se trate, el competente para conocer del juicio de hábeas data que prevé la ley nacional, pero ello, si se ha adherido a ésta, pues de otra forma, se regirá por la ley de protección de datos de cada provincia.

En relación a esto, aclara el reglamento (artículo 36) que si la acción se encuentra relacionada con situaciones reguladas por el derecho privado y el registro, archivo, bases o bancos de datos es privado, corresponde la competencia ordinaria del fuero civil.

En tanto que si la acción de hábeas data se relaciona con situaciones reguladas en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley (información crediticia; reparto de documentos, publicidad o venta directa; encuestas de opinión, mediciones y

⁸⁵ Consultable en <http://www.jus.gov.ar/dnppdpnew/>.

⁸⁶ Guía orgánica del Poder Judicial de la Nación, Argentina, consultado en <http://www.pjn.gov.ar/>.

⁸⁷ Colaboración de Osvaldo Alfredo Gozaíni, vía correo electrónico.

El proceso en la protección de datos personales

estadísticas, prospección de mercados e investigaciones científicas, médicas o análogas, respectivamente) la competencia será del fuero comercial.

En la segunda parte del artículo 36, se dispone que la competencia federal procederá cuando se interponga contra archivos de datos públicos de organismos nacionales y cuando los datos se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales e internacionales; especificando el reglamento, que no se distinguirá entre los tipos de archivos, esto es, que todos los tribunales federales conocerán de las acciones de hábeas data federales.

El artículo 37 de la ley remite al procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto al juicio sumarísimo. Luego entonces, cobra aplicación la Ley de amparo, artículo 4, tercer párrafo, en la parte que dispone la acumulación de autos a favor del juzgado que hubiese prevenido, cuando el acto u omisión afectare el derecho de varias personas; sin que suceda lo mismo en cuanto al segundo párrafo que establece la distribución por materias, ya que al respecto la ley y el reglamento son específicas en ese sentido, como se vio, pues en la justicia ordinaria sólo prevé competencia a favor de los juzgados en materia civil y comercial y a nivel federal no hace distinción de materias, debiendo conocer, como se dijo, todos los tribunales federales de la acción relativa.

En los casos en que se susciten conflictos competenciales, se considera debe acudir al artículo 2 de la Ley 25488 (de 21 de noviembre de 2001) que modifica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no obstante que en la ley se señale que será aplicable supletoriamente sólo en cuanto al juicio sumarísimo, pues el capítulo a que se hace referencia, se encuentra dentro de las reglas generales que rigen a esa clase de juicios⁸⁸

IV. Legitimación

El tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución Argentina, dispone:

“... Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes,

⁸⁸ Consultable en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70015/norma.htm>.

El proceso en la protección de datos personales

y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística...”

Tres aspectos destacan de la disposición constitucional, el primero, que otorga facultad a “toda persona” para interponer la acción para el conocimiento de los datos a ella referidos, así como su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización, esto es, pueden ser tanto personas físicas como ideales⁸⁹ (morales). El segundo, que los destinatarios contra los cuales se puede ejercer tal acción, son los registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes⁹⁰. El tercero y último, que anula toda posibilidad de afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

El artículo 34 de la ley condiciona la legitimación para interponer la acción de hábeas data cuando señala que ésta podrá ser ejercida por el “afectado”, sus tutores o curadores, así como los sucesores de las personas físicas, por sí o por apoderado. Esto se corrobora con el contenido del artículo 38, inciso 2, de la ley, cuando dispone que en la demanda, el accionante debe alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo obran datos de su persona o bien los motivos por los cuales considera que la información resulta discriminatoria, falsa o inexacta.

También cabe destacar que la ley otorga legitimación a los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado; sin que se esclarezca si tal legitimación puede ser originaria, esto es, si la pueden ejercer a favor de personas fallecidas o si sólo pueden continuar con un proceso iniciado por alguien que haya muerto en el transcurso del mismo.

Por otra parte, la ley dispone que el ejercicio de la acción de hábeas data, se puede ejercer a través de apoderado.

⁸⁹ Aquí cabe señalar que la ley en su artículo 2, define al titular de los datos, como toda persona física o de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley.

⁹⁰ La ley define como responsable de archivo, registro, base o banco de datos: persona física o de existencia ideal pública o privada, que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos; en tanto que define como usuario de datos: Toda persona, pública o privada que realice a su arbitrio el tratamiento de datos, ya sea en archivos, registros o bancos de datos propios o a través de conexión con los mismos.

El proceso en la protección de datos personales

La ley prevé el carácter de coadyuvante al Defensor del Pueblo, cuestión no prevista por la Constitución; en tanto que el reglamento, rebasando a su vez a la ley, le otorga legitimación para promover la acción de hábeas data en términos del artículo 86 de la Constitución, esto es, cumpliendo la misión encomendada por la Constitución a tal organismo para la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución, ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el ejercicio del control de las funciones administrativas públicas. Es decir, el Defensor del Pueblo, sólo puede instaurar la acción de hábeas data contra los archivos públicos en poder del Estado, más no contra aquellos en poder de personas físicas o privadas, destinados a proveer informes.

En relación a la legitimación pasiva, cabe destacar que la Constitución y la ley (artículo 35) coinciden en señalar que la acción procede contra los responsables y usuarios de los archivos de bancos de datos públicos, esto es, contra todos aquellos respecto de los cuales el Estado es el responsable; y en cuanto a los privados, procede solo contra aquellos destinados a proveer informes.

Finalmente, el artículo 1 del Reglamento de la Ley, especifica que la reglamentación alcanza a aquellos registros, base o bancos de datos, cuyo titular sea el Estado Nacional, provincial, municipal, entidades autónomas, descentralizadas y/o autárquicas, empresas o sociedades públicas (excluye a las personas físicas) y señala que no se considerarán como bases de datos destinadas a dar informes, a aquellas que se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto, sean recabados para el ejercicio de funciones propias del Estado o por obligación legal, listas con datos limitados, deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos o se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras (artículo 5, inciso 2, y 11, inciso 3 apartado b), de la Ley) o se trate de datos que recopilen domicilios, reparto de documentos, publicidad o venta directa y actividades análogas para fines comerciales, promocionales o publicitarios, cuando estos documentos sean accesibles al público, o hayan sido facilitados por los titulares u obtenidos con su consentimiento (artículo 27, inciso 1 de la Ley).

El proceso en la protección de datos personales

V. Medidas precautorias.

En la ley de protección de datos personales de Argentina, se disponen como medidas precautorias el bloqueo del archivo, la anotación de que se encuentra en litigio y el retiro del nombre del titular de los datos.

Así es, el artículo 16, inciso 6, de la ley, establece que durante la etapa extrajudicial que se tiene que agotar previamente a la instauración de la acción de hábeas data, específicamente en los casos en que se pida la rectificación, actualización o supresión, el responsable o usuario del banco de datos deberá bloquear o bien consignar, al proveer información relativa al archivo, que éste se encuentra sometida a revisión.

El artículo 21, inciso 1, dispone que todos los archivos, registros, bases o bancos de datos públicos, y privados destinados a proveer informes, deben inscribirse en el Registro que al efecto habilite el organismo de control, esto es, el Registro Nacional de Base de Datos⁹¹, luego, existe la posibilidad de que ya sea la solicitud ante el usuario o responsable, o bien la acción propiamente de hábeas data, sean inscritas en tal registro como medida preventiva.

El artículo 27, inciso 3, dice que el titular podrá solicitar el retiro o bloqueo de su nombre en los bancos de datos.

Y, el artículo 38, incisos 3 y 4, prevén que el afectado podrá solicitar que en el archivo se asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial, o el bloqueo provisional del archivo en lo referente al dato personal.

Asimismo, se puede apreciar que tales medidas precautorias pueden solicitarse antes de iniciado el juicio de hábeas data, en la demanda, o durante el proceso; pues el artículo 16 regula la etapa extrajudicial previa a la instauración de juicio, el 27 dice que la solicitud se podrá realizar en cualquier momento y el 38 prevé que mientras dure el procedimiento se podrá llevar a cabo el asentamiento; esto es, la posibilidad no se restringe a una etapa del procedimiento, ya sea previa o posterior, sino que se amplía la posibilidad para poder llevarla a cabo en cualquier momento, hasta antes de que se culmine el mismo.

⁹¹ Consultable en <http://www.jus.gov.ar/dnmdpnew/>.

El proceso en la protección de datos personales

Ahora, el bloqueo del archivo, la eliminación del nombre en éste o la anotación de que el mismo se encuentra en litigio, no abarcan todas las posibilidades que pueden suscitarse cuando se interpone la acción de protección de datos, en cuanto a las medidas que se deben tomar conforme se vayan presentando los casos reales y concretos; por tanto, en atención al artículo 37 de la ley, debe acudir, en supletoriedad a la Ley 17454, consistente en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Al respecto, el artículo 232 dispone que quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derechos, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias fueras más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. Tal fórmula, amplia y general, tiene la virtud de abarcar los diferentes supuestos que se presenten dependiendo de los casos reales. Asimismo, el artículo 198 dispone que tales medidas se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte y que ningún incidente de la parte contraria podrá detener su cumplimiento; sin embargo, prevé que cuando se conceda o niegue la medida, podrá interponerse la reposición o apelación. Esto último coincide con lo que establece el reglamento (artículo 43.2) en donde se precisa que procede la apelación contra las medidas provisionales que se hubieren dictado en el trámite precedente.

VI. Juicio

Al respecto el artículo 37 de la ley dispone que la acción de hábeas data se tramitará según las disposiciones de la propia ley, del procedimiento que establece la Ley de Amparo y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto al juicio sumarísimo.

Empezando por lo que dispone la ley, tenemos;

a) Que el artículo 38, prevé los requisitos que debe contemplar la demanda y que ésta debe interponerse por escrito, previo reclamo administrativo como se vio antes. En este rubro, cabe destacar que por los requisitos que impone la legislación, tales como expresar las razones por las que el titular entiende que en

El proceso en la protección de datos personales

el archivo existen datos de su persona y las razones por las que considera que los mismos resultan discriminatorios, falsos o inexactos; pareciera que la acción de hábeas data está diseñada sólo para ejercitar el derecho de acceso, ya que en el artículo 42 dispone, respecto de la ampliación, que ésta podrá realizarse solicitando la rectificación, confidencialidad o actualización de los datos personales, empero, el reglamento aclara que la ampliación en cuanto a la rectificación, supresión o actualización se dará sólo si no se efectuó en la presentación inicial, con lo que se subsana y prevé que éste tipo de acción puede realizarse desde el principio y no sólo al ampliar, como en apariencia dispone.

b) El artículo 39 establece que una vez admitida la demanda, el juez requerirá informe al archivo, el cual podrá incluir información sobre el soporte técnico de datos, documentos relativos a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución, bajo el apercebimiento de que si dejase de hacerlo dentro del plazo que se le fije, se tendrán por ciertos los hechos y las afirmaciones que se hubieren hecho (reglamento) y que deberá rendirse dentro del plazo de cinco días hábiles, el cual podrá ser ampliado a criterio del juez.

c) Después de rendido el informe (en el cual se podrá alegar confidencialidad de las fuentes de información periodística, o las excepciones que prevé el artículo 17 de la ley, como protección de la defensa de la Nación, orden y seguridad públicos o protección de derechos de terceros, la obstaculización de actuaciones judiciales o administrativas en relación a obligaciones tributarias, el desarrollo de controles de salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas; y se tendrá la obligación de fundamentar las causas por las que no dio contestación al requerimiento previo realizado por el accionante de acuerdo a los artículos 13 a 15, así como las causas por las que incluyó la información cuestionada) la parte accionante podrá ampliar su demanda en los términos antes precisados, además, podrá ofrecer las pruebas pertinentes.

d) De la ampliación se dará traslado al demandado por tres días,

El proceso en la protección de datos personales

e) Una vez vencido el plazo para la contestación del informe o contestado el mismo, así como la ampliación, en su caso, se desahogaran (producidas dice la ley) las pruebas,

f) Se dictará sentencia, en el plazo de tres días (reglamento).

Las previsiones contempladas en la ley, son casi las mismas que prevé la Ley de Amparo, por lo que se considera innecesaria la remisión a esta legislación, excepto por la posible aplicación del artículo 7 de la Ley de Amparo, en el que se prevé la posibilidad de ofrecimiento de pruebas, lo cual no contempla la ley de protección de datos.

Finalmente, por lo que respecta a la aplicación de la Ley 17454, consistente en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en lo atinente al juicio sumarísimo, debe decirse que de la consulta al mismo se advierte que el artículo 498 regula lo relativo al procedimiento sumarísimo, en el que no se prevén diferencias notables en cuanto al proceso que contempla la ley de protección de datos personales y ley de amparo; excepto que contempla el establecimiento de los plazos de tres días (cinco días para la contestación de demanda) el recibimiento de la causa a prueba acorde lo dispuesto en el artículo 359, el señalamiento de un plazo de diez días para el desahogo de la audiencia (que será sólo una de acuerdo al reglamento) y la proscripción de la fase de alegatos, así como la previsión del recurso de apelación.

Asimismo, establece el reglamento, que si la parte actora no comparece a la audiencia por sí o por apoderado, se le tendrá por desistido de sus actuaciones, salvo casos excepcionales; y si quien no concurre es el demandado, se recibirá la prueba del actor en su caso y se pasarán los autos para dictar sentencia.

Resumiendo, el proceso se concreta a la presentación de la demanda, contestación mediante informe, la ampliación y contestación de ésta en su caso, el desahogo de pruebas en su caso, la celebración de la audiencia, la resolución y la posibilidad de interponer el recurso respectivo; con las incidencias antes apuntadas.

VII. Sentencia

El artículo 43 dispone que vencido el plazo para contestar la demanda, contestada la ampliación en su caso, producidas las pruebas en su caso, se dictará sentencia, lo cual tendrá que hacerse en el plazo de tres días hábiles, de acuerdo al reglamento (artículo 42.2).

En la sentencia se deberá especificar si la información debe ser suprimida, rectificadora, actualizada o declarada confidencial, esto es, se deben puntualizar cuáles son los efectos vinculantes que en ella se prevean; asimismo, establecerá un plazo para su cumplimiento, sin que la ley ni el reglamento establezcan cuánto durará éste plazo, por lo que se entiende que queda al arbitrio y prudente consideración del juez, según la naturaleza y características del caso en particular.

Además de la información que exige la ley, el reglamento dispone que la sentencia debe contener la mención concreta de la autoridad o particular que deba cumplir la misma cuando ésta es declarada procedente; la determinación precisa de la conducta a cumplir, lo cual deja abierta la posibilidad de que no sólo se declarará procedente para los efectos que señala la ley, sino que estos serán adecuados al caso de que se trate; y, la imposición de costas y honorarios.

El reglamento prevé que sólo las sentencias que declaren procedente la acción serán apelables y que el recuso deberá interponerse dentro de los tres días de notificada la resolución, de donde se advierte una limitación al derecho de defensa cuando se declare improcedente la pretensión.

Finalmente cabe mencionar que la ley prevé en el artículo 43, que el rechazo de la acción no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiere podido incurrir el demandante y que, en cualquier caso, la sentencia debe ser comunicada al organismo de control quien deberá llevar un registro al efecto, sin que del sitio web relativo se advierta que, al momento, exista uno en la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, que es el órgano de control respectivo.⁹²

⁹² Consultable en <http://www.jus.gov.ar/dnmdpnew/>

2. Perú (Ley 28237 Código Procesal Constitucional)

Ésta figura del Derecho Procesal Constitucional peruano no tuvo antecedentes en la Constitución de 1979 y se le legisló por primera vez casi sin conocerla, tomándose como modelo la Constitución de Brasil de 1988.⁹³

Resultado de la reforma constitucional de 1993, se incluye como garantía constitucional la figura del hábeas data, en la cual se preveía, además de su procedencia contra cualquier hecho u omisión de autoridad, funcionario o persona que vulnere los derechos de información; y como consecuencia del desconocimiento de la figura, el derecho de exigir la rectificación de supresión de informaciones profesionales a que se refiere el artículo segundo, incisos 5 y 7 de la constitución. Es con motivo de ésta última parte por la que sufre múltiples ataques y críticas ante la puerta que abre para el combate frontal a la libertad de expresión, en especial a los medios de comunicación, y a causa del abuso que se hace de tal figura, lo que al final ocasiona que se reforme la propuesta original.

En el tránsito de las reformas constitucionales y el acomodo de la figura del hábeas data en su correcto contexto, el 2 de mayo de 1994 se promulga la Ley 26301, denominada “Ley de hábeas data y acción de cumplimiento” constante de siete artículos y tres incisos transitorios,⁹⁴ la cual es reemplazada finalmente por el Código Procesal Constitucional (Ley 28237) promulgado el veintiuno de septiembre de dos mil seis, en la que en un avance agigantado, se da la primera legislación procesal en el mundo que regula las garantías constitucionales, como el hábeas corpus, el juicio de amparo, la acción popular, el proceso de inconstitucionalidad, etc.; y, por supuesto, el hábeas data.

I. Objeto

El texto vigente hasta 2009, del artículo 200, inciso 3, de la Constitución Peruana, dice:

⁹³ Aníbal Quiroga León, el hábeas data en el Derecho Procesal Constitucional Peruano, en “La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data” coordinador Osvaldo Alfredo Gozaíni, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera, Bs. As. 2001, p. 182.

⁹⁴ Información consultable en “La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data” Osvaldo Alfredo Gozaíni (coordinador) Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As. 2001, pp. 200-203).

El proceso en la protección de datos personales

“200. Acciones de garantía constitucional

Son garantías constitucionales

(...) 3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución...”

El inciso 5 a que se alude en el texto transcrito, se refiere al derecho a la información para cualquier persona, en tanto que el 6, establece el derecho a que no se suministre información que afecte la intimidad personal y familiar por parte de cualquier servicio informático, computarizado o no, público o privado. Al parecer, en la redacción actual del artículo, se deja a un lado el inciso 7, en el que se establecen los derechos al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias, derechos consubstanciales al ámbito de protección de la figura del hábeas data, centrándose únicamente éste en la parte de autodeterminación informativa.

El Código Procesal Constitucional (al cual en lo subsecuente nos referiremos como Código) prevé en su título preliminar, artículo II, como fines esenciales de los procesos constitucionales, garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Lo anterior, se corrobora con lo que al respecto dispone el artículo 1 del mismo Código, pues éste señala que los procesos constitucionales, tienen como finalidad proteger los derechos constitucionales, y agrega como otro fin, el de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; lo cual, en opinión de quien escribe tiene que ver o está más relacionado con los efectos que pueda tener la sentencia, más no con el objeto del proceso.

En particular, al referirse al proceso de hábeas data, el artículo 61 del Código alude a los incisos 5 y 6 del artículo 2º de la Constitución a los que antes se adujo, dividiéndose a su vez en dos incisos. El 1) se refiere al derecho de acceso a la información de la persona que obre en poder de cualquier entidad pública, especificando que será respecto de aquella que generen, produzcan, procesen o posean, incluyendo la que obra en expedientes (no aclara si se refiere también a expedientes judiciales, pero por su generalidad debe entenderse así) terminados o

El proceso en la protección de datos personales

en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, detallando, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material. En tanto que el 2), trata sobre el derecho de conocimiento, actualización, inclusión, supresión y rectificación de la información o datos registrados de forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, recalca, el derecho a suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privados que afecten derechos constitucionales.

Lo cuidado de la redacción que importa destacar del artículo 61, es que separa por una parte el derecho a acceder a la información pública, y no a la privada, y no necesariamente información que se refiera a la persona afectada; y por otra, el derecho a conocer los datos referidos, pero sólo aquellos relativos a la persona, incluyéndose aquí sí, tanto aquellos datos en poder de entidades públicas, como privadas.

II. Vías previas

En cuanto a este tema, el Código dispone en su artículo 62, el que denomina como requisito especial de la demanda, para la procedencia del hábeas data, que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos a que se refiere el artículo 61.

Así también dispone, agregando, que el demandado haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado, y distingue dos plazos, uno de diez días útiles (hábiles) siguientes a la presentación de la solicitud, en los casos que se trate del derecho reconocido en el artículo 2, inciso 5, esto es, el derecho a información en poder de la administración pública; y otro de dos días tratándose del inciso 6, es decir, cuando se trate de los derechos de acceso, rectificación, supresión, etc., de los datos del titular en poder tanto de entidades públicas, como privadas.

El proceso en la protección de datos personales

Es decir, al parecer no sólo se exige que se de la reclamación a través de un documento de fecha cierta, sino que además se requiere que la parte requerida se sostenga en su incumplimiento, o bien que no de contestación en los plazos que fija el Código.

Por otra parte dispone el propio artículo, que excepcionalmente se podrá prescindir de tal requisito, cuando su exigencia genere el inminente peligro de sufrir un daño irreparable, mismo que deberá ser acreditado por el demandante; además, recalca, no será necesario agotar alguna vía administrativa que pudiera existir.

El artículo 65 autoriza a la aplicación de las normas relativas al amparo, y en su última parte, establece que el Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso; por lo cual en cuanto a este tema pudiera pensarse que se puede acudir a los artículos 45 y 46 del mismo código, que tratan sobre el agotamiento de las vías previas y excepciones al agotamiento de las vías previas; sin embargo, la regulación de tales artículos no resulta del todo aplicable al proceso de hábeas data, pues en este se especifica, claramente, cuál es el requisito previo que se debe cumplir, cuáles no, y en qué casos se considera innecesario agotar tal requisito.

III. Competencia

De acuerdo al artículo 26 de la Constitución Peruana, el Poder Judicial se encuentra conformado por:

- 1.- La Corte Suprema de Justicia de la República;
- 2.- Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales;
- 3.- Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas;
- 4.- Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y,
- 5.- Los Juzgados de Paz.

Ahora, el artículo 51 del Código Procesal Constitucional (al que se acude ante la disposición prevista en el artículo 65 del mismo Código), establece que es competente para conocer del proceso de habeas data, el Juez Civil o Mixto del

El proceso en la protección de datos personales

lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

Así también, señala el mismo artículo, que cuando la afectación se origine en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil en turno de la Corte Superior de Justicia de la República, respectiva (vía apelación, artículo 57).

Por otra parte, tenemos que de acuerdo al artículo 31 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema es el órgano de instancia de fallo de los procesos de materia constitucional, como el de hábeas data.

Finalmente, se tiene que el artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, este es competente para conocer de los procesos que contempla el artículo 202 de la Constitución, que prevé, entre otros, el de conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas data, vía el recurso de agravio constitucional previsto en el artículo 18 del Código, cuando la resolución se declara infundada o improcedente, o vía el recurso de queja previsto en el artículo 19 constitucional, cuando se deniega (desecha) el recurso de agravio constitucional.⁹⁵

Acorde con tales normas, el artículo IV del Código, relativo a los órganos competentes, establece que los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánica y en el propio Código.

Resumiendo, el proceso del habeas data peruano, tiene tres instancias, la primera ante los jueces civiles o mixtos (y en el caso que la afectación se de por una resolución judicial, la Sala Civil de las Cortes Superiores) la segunda ante la Corte Suprema y la última y definitiva, ante el Tribunal Constitucional.

Al respecto, también cabe señalar que el artículo 51 del Código, dispone que una vez promovida la incompetencia, el Juez (y se incluye, o la Sala Civil, ante la cual se haya tramitado la demanda cuando se reclame una afectación originada por resolución judicial) le dará el trámite a que se refieren los artículos 10 y 53 del mismo Código, los cuales se refieren a un auto de saneamiento

⁹⁵ Colaboración de Aníbal Quiroga León, vía correo electrónico.

El proceso en la protección de datos personales

procesal, el cual se dicta una vez que se da vista a la contraparte, resolviendo interlocutoriamente sobre la incompetencia planteada.

IV. Legitimación

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 39, relativo a las disposiciones del juicio de amparo, aplicadas al proceso de habeas data por remisión del artículo 65 del mismo Código, prevé que el afectado es la persona legitimada para interponer el proceso.

Además, el artículo 162 de la Constitución, otorga legitimación a la Defensoría del Pueblo (especie de Procuraduría Social) para interponer la demanda de habeas data, a fin de defender los derechos fundamentales de las personas y de la comunicad.

En relación a la legitimación pasiva, el Código señala en el artículo 61, que la persona que proceda en defensa de los derechos respectivos, puede acudir al proceso de habeas data para acceder a información que obren en poder de cualquier entidad pública.

Por otra parte, el propio artículo se refiere a entidades públicas o instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros, como aquellos contra los cuales se puede promover el proceso de habeas data, para ejercer algún otro de los derechos relativos; sin embargo, en relación a las entidades privadas, no se aclara cuándo éstas pueden ser consideradas como demandados, siendo que la definición de brindar servicio o acceso a terceros, puede tener múltiples interpretaciones.

El Código dispone en su artículo 7, que la defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público estará a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo; y curioso resulta, que en su último párrafo establezca que si el demandante conoce que el funcionario contra quien dirige la demanda ya no ocupa el cargo, puede solicitar al juez que este no sea emplazado con la demanda, con lo cual se entiende que las acciones respectivas (de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento) van dirigidas a las personas que ostentan los cargos y no a la institución, cuestión que desde la óptica del derecho

El proceso en la protección de datos personales

mexicano no encaja dentro de lo que persiguen las garantías constitucionales, a saber, que las autoridades respeten los derechos consagrados en la Constitución y no, fincar una responsabilidad a la persona que ostenta el cargo, como lo hace ver este párrafo, pues ello corresponde a otra vía.

Finalmente, debe señalarse que el artículo 40 del Código prevé las formas de representación a través de las cuales pueden acudir las personas al proceso, a través de otras.

V. Medidas precautorias

Al respecto, el Código (artículo 15) habla de medidas cautelares y de suspensión.

Para su otorgamiento, exige:

- i. Apariencia del derecho,
- ii. Peligro en la demora⁹⁶,
- iii. Que el pedido sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión.

Así también, dispone que el juez deberá tomar en cuenta que las medidas cautelares y las de suspensión, se otorgan sin conocimiento de la contraparte (en este caso la entidad pública o la privada que otorgue acceso a terceros) lo cual evidentemente quiere decir, sin un aviso previo; y que al concederla, la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma (que debe entenderse, seguramente, en el sentido de que con la concesión no se agote la materia del proceso respectivo) y al perjuicio que con la misma se pueda causar al orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

⁹⁶ Estos requisitos coinciden con lo que al respeto estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en la jurisprudencia cuyos datos de identificación y rubro son: Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta III, Abril de 1996, Página: 16, Tesis: P./J. 15/96, Jurisprudencia Materia(s): Común. Rubro: SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO.

El proceso en la protección de datos personales

Por su parte, el artículo 63 (de la parte específica del habeas data) prevé, nombrándola “ejecución anticipada” una medida cautelar, consistente en 1. La remisión de la información concerniente al reclamante o, 2. Solicitud de informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección, y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime conveniente. Tales determinaciones, deben cumplirse en un plazo máximo de tres días por la parte demandada.

Del artículo 16 del Código, cabe destacar que la medida cautelar, como en el caso de la mayoría de los procesos que la prevén, durará hasta en tanto adquiera el proceso el carácter de cosa juzgada; o bien hasta en tanto se satisfaga el derecho reconocido, de haber sido favorable la sentencia a los intereses del demandante.

VI. Juicio

El artículo 65 del Código, como se mencionó anteriormente, establece que el trámite del proceso de habeas data, será el mismo que se prevé para el de amparo.

En el artículo 42 de la parte relativa, se prevén los requisitos de la demanda, mismos que deben ser: la designación del juez ante quien se interpone, nombre, identidad y domicilio del demandante, nombre y domicilio del demandado, los hechos, los derechos que se consideren vulnerados, los puntos petitorios y la firma del demandante o de quien lo represente.

El Código contempla un plazo general en el que se tiene que presentar la demanda, que es de 60 días hábiles contados a partir de que se produce la afectación, de acuerdo al artículo 44, pero aclara, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y hubiese estado en posibilidad de interponer la demanda; si esto no hubiese sucedido así, esto es, si no hubiese tenido conocimiento del acto de afectación, el plazo se computará a partir de que hubiera desaparecido el impedimento para hacerlo. Por otra parte, prevé distintas fórmulas para computar los plazos cuando se trata de una afectación derivada de una resolución judicial.

El proceso en la protección de datos personales

Una vez presentada y admitida la demanda, se otorga un plazo de 5 días al demandado para que la conteste; pero si se oponen excepciones que aquí serían llamadas de previo y especial pronunciamiento, el juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días y resolverá las excepciones mediante un auto de saneamiento procesal, el cual podrá dar por terminado el proceso, o bien continuar con el mediante la “absolución” (artículo 53).

Si no se opusieren las excepciones a que antes se adujo, o una vez resueltas, y transcurrido el plazo para contestar la demanda, contestada o no, se dictará sentencia, de acuerdo al artículo antes señalado. Así también, debe mencionarse una peculiaridad del trámite del proceso de habeas data peruano, y es que, se prevé como una excepción para dictar sentencia en el plazo señalado, el que se haya solicitado informe oral al demandado (nótese que tal elemento, apelando al sentido común, resulta muy endeble en un proceso) en cuyo caso, el plazo se contará a partir de que éste se rinda.

En esta parte, cabe introducir el contenido del artículo 9 del Código, relativo a las disposiciones generales, que establece que en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria (de ahí lo sumarísimo del proceso, lo cual no se sabe si es una virtud o una catástrofe) que sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación (esto es, preparación y desahogo) y que tal disposición no impide que el juez mande realizar las actuaciones probatorias que considere indispensables, sin que ello afecte la duración del proceso.

Debe destacarse la facultad que otorga el Código al juez para realizar las actuaciones que considere indispensables (principio inquisitorio), e incluso sin notificación previa a las partes, así como la facultad para citarlos para realizar los esclarecimientos necesarios.

Otra cuestión que resalta del proceso peruano, lo es la disposición que establece que si la sentencia resulta fundada o infundada, se impondrá el pago de costas y costos (lo cual se aleja de la naturaleza las garantías constitucionales y del derecho mexicano) a la parte a quien no le haya asistido la razón; haciendo una pequeña diferencia en el sentido de que si la sentencia es fundada, se

El proceso en la protección de datos personales

impondrá la condena (si el condenado es el Estado, sólo se condenará al pago de costos), pero si esta es infundada, el juez tiene la facultad para hacerlo o no.

En cuanto a la recurribilidad, el Código prevé la apelación contra la sentencia que culmine con el proceso, para lo cual se cuenta con un plazo de 3 días de notificada ésta, cuyo trámite es igual de sumario que el del proceso mismo, pues admitido el recurso se otorgan también 3 días para que se expresen agravios, fijándose día y hora para la vista de la causa, y dentro del plazo de 5 días, el tribunal de alzada (Corte Superior) decidirá.

Finalmente, el Código prevé los casos en que sobrevenga un acto sustancialmente homogéneo (repetición del acto) el cual podrá ser denunciado, por la parte interesada ante el juez de ejecución.

En resumen, el trámite del proceso del habeas data, se constriñe a la presentación de la demanda, la contestación de ésta y el dictado de la sentencia, destacándose la exclusión expresa de una etapa probatoria, salvo que el juez traiga al proceso aquellas que considere necesarias o se ofrezcan aquellas que no requieran de preparación y desahogo.

VII. Sentencia

Como antes se señaló, una vez contestada la demanda y si en ella no se opusieren excepciones de previo y especial pronunciamiento, en cuyo caso se tendrá que resolver lo relativo en el auto de saneamiento procesal como ya se explicó; el juez, dentro de los 5 días siguientes dictará sentencia.

De acuerdo al artículo 55 del Código, la sentencia fundada deberá contener:

a. La identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado, lo cual resulta sumamente interesante en la medida que debe exigirse, por contenido, en qué consiste ese derecho y como es que ha sido vulnerado o amenazado.

b. La declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que se haya reclamado (cabe hacer notar la connotación civil al hablar de nulidad).

c. La declaración de que se debe restituir o restablecer al agraviado en el pleno goce de los derechos vulnerados y que las cosas deben volver al estado en

El proceso en la protección de datos personales

que se encontraban antes de la violación (formula idéntica a la que prevé también el artículo 80 de la Ley de Amparo) requisito que resulta relevante, pues una de las principales dolencias de las sentencias constitucionales es la falta de claridad en cuanto a los efectos de la sentencia con que debe cumplir la autoridad, en este caso el demandado.

Y, siguiendo con los efectos de la sentencia, el orden y definición precisa de la conducta a cumplir por el demandado, con el fin de hacer efectiva la sentencia.

Por su parte, el artículo 22 del Código, dispone que la sentencia que cause ejecutoria, se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la causa, de lo que se entiende que es el juez que sigue el proceso constitucional el encargado de que se cumpla lo establecido en la sentencia.

Así también, el propio artículo 22, dispone que las sentencias dictadas por los jueces constitucionales (o los jueces actuando con ese carácter mejor dicho) tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad; y que éstas deben cumplirse de forma inmediata (aunque en el apartado de ejecución se otorgan dos días).

También cabe destacar el procedimiento de ejecución que prevé el Código (el cual sólo puede ser aplicado a las entidades públicas), y que en principio establece que una vez que quede firme la sentencia, ésta debe ser cumplida en los dos días siguientes; así también, que de no cumplirse, se requerirá al superior jerárquico para que lo haga cumplir y abra el procedimiento administrativo contra quien no cumplió y, de no cumplirse por éste, el juez ordenará se abra el procedimiento administrativo contra el superior, cuando corresponda (aquí se otorgan facultades al juez que conoce del proceso de habeas data, para fincar responsabilidad al servidor público) y mandará realizar o adoptará las medidas para el cumplimiento de la sentencia, las cuales, de acuerdo al artículo 22 antes señalado, pueden consistir en multas, mismas que se podrán acumular, e incluso la destitución del responsable.

3. España (Ley 15/1999 Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal)

Luego del 20 de noviembre de 1975, fecha en que muere Francisco Franco, en España se da un proceso de tránsito hacia la democratización de su sistema estatal.

En dicho proceso, las Cortes Constituyentes, en 1978 promulgan la Constitución Española en cuyo artículo 18, se prevé:

“Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”⁹⁷

También tiene implicaciones informáticas el artículo 105.b de la CE, el cual posibilita el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.⁹⁸

En relación a la operatividad de la disposición constitucional, hasta 1992 la protección del artículo 18.4 de la CE se brindaba en base en la Ley Orgánica 1/1982⁹⁹, de carácter civil, y exclusivamente en relación a los derechos de honor,

⁹⁷Al respecto, Lucrecio Rebollo Delgado, en “Derechos fundamentales y protección de datos” opina: “No cabe duda, que el constituyente perdió una magnífica oportunidad de una ex novo y original regulación al respecto del tratamiento automatizado de datos. Significativo de lo manifestado, es el distinto enclave constitucional de los dos artículos citados. Por una parte, el artículo 18.4, se inserta dentro del núcleo dogmático de la Constitución (sección primera del capítulo segundo del título primero) correspondiéndole por tanto, el mayor grado de protección. Por el contrario, el contenido de mayor virtualidad, en el ámbito de salvaguarda de los datos, es decir el art. 105.b, se sitúa en la parte orgánica de la CE, quedando con ello difuminados sus elementos garantizadores y protectores. Con todo, el reconocimiento constitucional que es leve e inconcreto, queda pendiente de una normativa posterior, que a pesar de ser orgánica, en virtud del art. 81 del propio texto, queda apartada del carácter constitucional.

⁹⁸Lucrecio Rebollo Delgado, “Derechos fundamentales y protección de datos”, Dykinson, S.L. Madrid, 2004, pp. 59.

⁹⁹En “Derechos fundamentales y protección de datos”, Lucrecio Rebollo Delgado señala: “Se pensaba que con la protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, era suficiente para solventar las intromisiones o violaciones que pudiera producir la informática...”

El proceso en la protección de datos personales

intimidad personal y familiar, sin comprender aquellos derechos relativos a la autodeterminación de los datos personales; sin embargo, es precisamente en 1992, que se promulga la Ley Orgánica del 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, comúnmente denominada LORTAD, especializada en relación al tema.

Empero, tal legislación no tendría larga vida, pues a raíz de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (a la cual me he referido en el primer capítulo) de 24 de octubre de 1995, se introducen diversas modificaciones en la materia, por lo que el Congreso decide reformar parcialmente la Ley de 1992, la cual al final acaba siendo una reforma total (derogación) sustituyéndola por la Ley 15/1999, del 13 de diciembre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.¹⁰⁰ Tal legislación, se encuentra actualmente reglamentada por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, denominado Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Contrario a lo que sucede en Argentina y Perú, antes estudiadas, así como en parte de Latinoamérica, en el derecho español no existe ningún recurso o medio de defensa equiparable al hábeas data, como a continuación se verá, sino que en la Ley 15/1999, se prevé la denominada reclamación administrativa ante la Agencia de Protección de Datos, y contra la resolución del Director de la misma, el recurso contencioso-administrativo.

I. Objeto

Como antes se señaló, en el artículo 18.1 se establecen como derechos garantizados, el honor, la intimidad personal y familiar, así como la imagen; en tanto que el inciso 4., dispone que la ley debe limitar el uso de la informática para garantizar tales derechos (excluyendo la imagen), así como el ejercicio de sus derechos. Como se puede advertir, si bien pudiera pensarse que la Constitución se preocupa por limitar el objeto de protección a aquellos aspectos relacionados

¹⁰⁰ Francisco Málaga Dieguez, "Situación actual del derecho español sobre protección de datos" en "La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data", Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As., 2001, pp. 133-134.

El proceso en la protección de datos personales

con la informática, amplía tal espectro hacia el ejercicio del resto de los derechos, lo cual, relacionado con el inciso 1., otorga un gran campo de protección.

Al respecto, el artículo 1 de la Ley, en concordancia con la Constitución, dispone que ésta tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y en especial, el de su honor e intimidad persona y familiar; advirtiéndose que se excluye la limitante de que esto sólo debe ser en relación a la informática, como lo señala la Constitución, por lo que debe entenderse que el objeto de protección de la ley se amplía hacia cualquier forma de tratamiento de datos personales.

Los artículos 13 al 17 de la Ley, establecen lo relativo a los derechos de autodeterminación informativa.

Así, el artículo 13, dispone que los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos que sobre ellos se realice, que les afecte de manera significativa, y que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad, además, dispone que en su caso tienen derecho a impugnar la misma o acceder a la información del responsable del fichero (tratado tal vocablo como un término general y definido como todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso, de acuerdo al artículo 3 de la Ley).

Por su parte, el artículo 14 establece el derecho de toda persona, para conocer la existencia de tratamientos de datos que sobre su persona se tengan en el Registro General de Protección de Datos, el cual es un órgano integrado a la Agencia Española de Protección de Datos, cuyo objeto es la inscripción de ficheros, autorizaciones (sobre la creación y modificación de ficheros) y códigos tipos (reglas adoptadas por un grupo de tratadores de ficheros, respecto de una rama empresarial, industrial, etc.).

El artículo 15, establece el derecho de acceso, gratuito, sobre aquellos ficheros de tratamiento de datos personales, el origen y tratamiento de los mismos, el cual podrá obtenerse mediante cualquier forma de reproducción (copia,

El proceso en la protección de datos personales

telecopia, fotocopia, legible, en clave, código, etc.) y prevé que la gratuidad se dará siempre que no se ejercite tal derecho en un lapso menor de seis meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo.

A su vez, los artículos 16 y 17 de la Ley, prevén los derechos de rectificación, cancelación y oposición, cuando el tratamiento de los datos no se ajuste a lo que disponga la ley.

Finalmente, cabe apuntar que de acuerdo al artículo 19 de la Ley, se prevé un derecho de indemnización a favor de aquellos a quienes como consecuencia de lo dispuesto en la Ley, hayan sufrido daño o lesión en sus bienes o derechos; la cual podrá ser ejercitada ante los órganos de jurisdicción ordinaria (civiles seguramente).

II. Vías previas

A pesar de que en la Ley se prevé que los afectados pueden ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, ante los responsables de los ficheros; en el procedimiento de tutela de los mismos (artículos 117-119 del Reglamento) que se ejerce vía reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, no se establece como requisito de procedibilidad el que se tenga que agotar tal instancia.

III. Competencia

De acuerdo al artículo 18 de la Ley y 115, la competente para conocer de la reclamación como procedimiento de tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición relativa a los datos personales, es la Agencia Española de Protección de Datos, la cual es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones, conforme lo establece el artículo 35 de la Ley.

De acuerdo al artículo 2.2. de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Agencia

El proceso en la protección de datos personales

pertenece a la administración pública, por lo que tiene el carácter de una autoridad administrativa.

Una vez que el director de la Agencia resuelve, cabe interponer un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, de acuerdo al artículo 18, apartado 4.

IV. Legitimación

Como antes se vio, el artículo 1º de la Ley, prevé que el objeto de la mismas es garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales en lo que concierne al tratamiento de datos personales; importando destacar, para el presente apartado, que se refiere exclusivamente a las personas físicas (legitimación activa) excluyendo implícitamente a las personas ideales, jurídicas o morales.

Lo anterior, se refuerza con el contenido del artículo 2.2. del Reglamento, que prevé expresamente que tal reglamento no será aplicable a los tratamientos de personas jurídicas¹⁰¹.

¹⁰¹ Al respecto, en “Derecho a la información, hábeas data e Internet” Juan F. Armagnague (director) María G. Ábalos y Olga P. Arrabal de Canals (coordinadoras) se da la siguiente opinión: “2. Caso de las personas jurídicas. En España, ya se ha dicho que el bien jurídicamente tutelado en los individuos es el derecho a la intimidad, en sus diversas facetas (la propia reputación en el medio social, su honor o bien su posibilidad de controlar los datos en poder de terceros, etc.) Nos preguntamos cuál es, en definitiva, el interés de las personas jurídicas en la protección de datos. Por tanto, las personas jurídicas en general ¿gozan del mismo derecho a la intimidad que las personas físicas? Estadella Yuste advierte, con razón, que es difícil negar que las personas jurídicas carezcan de un derecho general de conducir sus actividades en secreto o de evitar que alguna información confidencial pase a manos de la competencia. No se puede atribuir a las personas jurídicas un derecho individual a la intimidad, pues respecto de ellas el significado del término no es similar. La autora española entiende que es más apropiado atribuirles derechos y obligaciones propios y derivados de la naturaleza de sus actividades, relacionarlos con las ramas del derecho que regulan sus objetos y no fundamentarlos en instrumentos jurídicos que no han sido creados para personas de existencia ideal. Estadella Yuste, por tanto, sostiene que el derecho comercial tiene medios que bien pueden ser usados por las empresas para proteger sus secretos empresariales, patentes, etcétera. En su favor, cita dos fallos del Tribunal Constitucional que rechazan la posibilidad de que las personas jurídicas estén amparadas por el derecho a la intimidad, expresando el primero de ellos: Hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal, el derecho a la intimidad familiar...En el segundo fallo, el alto tribunal español sostuvo: En principio, las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, no pueden ser objeto del mismo (derecho a la intimidad) ya que la reserva de las actividades de esas entidades quedará en su caso protegida por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretadas. A mayor abundamiento, el artículo 1º de la ley es claro, ya que comprende sólo a las personas físicas.

El proceso en la protección de datos personales

Además, cabe destacar que el artículo 117 del Reglamento, prevé que el procedimiento de reclamación se iniciará a instancia del afectado o afectados, con lo cual posiblemente se exija la acreditación de la afectación respectiva.

Por otra parte, en el artículo 2.4. del Reglamento se otorga legitimación a las personas vinculadas a un fallecido, familiares o análogos, para poder dirigirse a los responsables de los ficheros (y con ello la posibilidad de promover la reclamación) que contengan datos del difunto, para notificarles el deceso, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello (no se señala en qué casos pudiera haber lugar) a la cancelación de los datos de la persona fallecida.

En cuanto a los sujetos legitimados pasivamente, el artículo 2 de la Ley, 2 y 4 del Reglamento, se encargan de definir, por exclusión, cuáles son aquellos responsables de los ficheros contra los que se puede ejercer la reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos.

Así, en un principio, el artículo 2 de la Ley señala que ésta será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico (apartándose con ello de lo que prevé la Constitución, en cuanto a la restricción de que sólo sea respecto de aquellos relativos a la informática) que los haga susceptibles de tratamiento y a toda modalidad de uso posterior, especificando que esto puede ser tanto en el sector público, como el privado.

Enseguida, el artículo en mención, se encarga de señalar cuáles son los ficheros que no serán objeto de regulación, a saber:

a. Ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas; aclarando al respecto el artículo 4 del Reglamento, que se considerarán relacionados con actividades personales o domésticas los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares.

b. Ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas; mismas que se entenderán como cualquier información o material, independientemente de su forma, naturaleza o medio de transmisión, respecto de

El proceso en la protección de datos personales

los cuales se decida que requieren protección contra su divulgación no autorizada y a los que se haya asignado un nivel de clasificación de seguridad.¹⁰²

c. Ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada.

Complementa los anteriores casos, el artículo 2 del Reglamento, al establecer que éste no será aplicable:

d. A los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas (se refiere a las personas jurídicas), consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.

e. Ficheros relativos a datos sobre empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros.

f. Datos referidos a personas fallecidas, con la excepción a que antes nos referimos.

Así también, el artículo 2 de la Ley, en su apartado 3, dispone que se registrarán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto en la Ley, en su caso:

1. Los ficheros regulados por la legislación electoral,
2. Los que sirvan para fines exclusivamente estadísticos, y estén amparado por la ley.
3. Informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen personal de las Fuerzas Armadas.
4. Los datos derivados del Registro Civil y del Registro Central de Penados y Rebeldes,
5. Los datos que proceden de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Como se puede advertir, la legislación española es rica en exclusiones acerca de los datos o ficheros en contra de los cuales no se pueden ejercer los

¹⁰² Manual de protección de materias clasificadas del Ministerio de Defensa, consultable en <http://www.mde.es/info/servicios/servicios-tecnicos/acuerdos-seguridad/>.

El proceso en la protección de datos personales

derechos que emanan de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, lo cual debilita la figura por sí misma minimizada al tratarse como un trámite administrativo, y despoja de contenido la parte que prevé que la ley será aplicable a los datos registrados en soporte físico, pues quitando las exclusiones, en realidad restan muy pocos ficheros o bases de datos respecto de los que se pueda ejercer la reclamación que prevé la Ley.

V. Medidas precautorias

En el procedimiento de tutela de los datos personales (artículos 117-119 del Reglamento) que se ejerce vía reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, no se establece medida precautoria alguna, con la cual se puedan contrarrestar, de manera previa, los efectos del tratamiento inadecuado de datos personales.

VI. Juicio

Más que un juicio o proceso, como antes ya se dijo, la Ley en su artículo 18 y en específico el Reglamento prevé en los artículos 117, 118 y 119, un procedimiento administrativo a través del cual se ejerce la reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos.

Por principio, se advierte que ni en la Ley, ni en ninguno de los artículos señalados se prevé una temporalidad para promover la reclamación, ante lo cual debe entenderse que ésta puede promoverse en cualquier tiempo.

Como requisitos de la reclamación, sólo se prevé la expresión con claridad el contenido de su reclamación y de los preceptos de la Ley que se consideren vulnerados; una vez recibida la reclamación en la Agencia, se dará traslado de la misma al responsable del fichero, otorgándole un plazo de quince días, para que formule las alegaciones que estime pertinentes. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo para realizarlas, previos los informes (no se clarifica a qué informes se refiere, pues al fichero del responsable se le da oportunidad de realizar alegaciones, más no la obligación de rendir un informe, sin embargo debe entenderse que así es, pues no es sino el responsable el que debe rendir un

El proceso en la protección de datos personales

informe) pruebas y otros actos de instrucción pertinentes (al parecer aquí se otorga libertad a la Agencia para conducir el procedimiento) con la audiencia del afectado y nuevamente del responsable, se resolverá sobre la reclamación.

La duración máxima del proceso y la obligación de la Agencia de dictar resolución, es de seis meses, de acuerdo al artículo 118 del Reglamento.

VII. Sentencia

En relación a la resolución, la Ley y el Reglamento son omisos en determinar cuáles son los requisitos que debe contener la misma, o bien cuáles serán sus alcances; limitándose a establecer que si no hay una, de manera expresa, el afectado debe entender como estimada (fundada) su reclamación por silencio administrativo positivo.

Así también, se prevé en el artículo 119 del Reglamento, que si la resolución es estimada, se requerirá al responsable para su cumplimiento, otorgándole un plazo de diez días siguientes a la notificación, para que haga efectivo (para que cumpla la resolución) el ejercicio de los derechos objetos de la tutela, debiendo dar cuenta por escrito de dicho cumplimiento a la Agencia en el mismo plazo, esto es, diez días.

Como puede advertirse, y como se anticipó, el procedimiento de reclamación en realidad consiste un trámite administrativo, contra el cual la parte afectada, en caso de no prosperar su pretensión, puede interponer un recurso contencioso-administrativo, y, dado el caso, el recurso de amparo; lo cual, lo aleja de un propósito (que no lo es, dado el sistema Europeo) de constituirse como una garantía constitucional, para pasar a ser, se reitera, un procedimiento administrativo susceptible de ser controlado, en su caso, por la garantía del juicio de amparo.

Aun cuando en España la protección de datos no se da a través de un medio de control constitucional, se apuesta a una regulación previa, que vigila el tratamiento de datos y lo sanciona cuando éste no es adecuado, a través de un órgano especializado; sin embargo, se reitera, cuando la decisión de éste no es favorable a los intereses del afectado, y que, dado el caso pueda llegar a ser

violatorio de sus derechos fundamentales, sus actuaciones necesariamente deben ser sometidas al control jurisdiccional.¹⁰³

CAPÍTULO III. ASPECTOS QUE RIGEN EL PROCESO EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. Objeto de protección

Como se anticipó en el capítulo I, respecto de la figura del hábeas data y sus variantes, la doctrina llega a un consenso en cuanto a los derechos que son objeto de su protección, y estos son: la intimidad, el honor, la identidad personal y la autodeterminación informativa, los cuales entran en la categoría de fundamentales, como se explicará más adelante.

Compartiendo con Nogueira Alcalá¹⁰⁴, debe decirse que la protección de estos derechos, se objetiva o hace patente, a través de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) ya que si la persona tiene la posibilidad de conocer en poder de quién se encuentran sus datos, que estos sean corregidos de ser incorrectos, que no se contengan en algún archivo por considerar que afectan en grado predominante algún aspecto de su persona o que simplemente no se archiven; en la misma medida verá protegidos aquellos aspectos que la persona no desea que sean conocidos por terceros (intimidad), la apreciación que de sí misma tiene o que tienen los demás acerca de ella (honor) que los datos que se contengan en archivos correspondan a su realidad (identidad personal) o el control de sus datos en poder de otras personas (autodeterminación informativa).

De lo contrario, esto es, de no poder acceder, rectificar, cancelar u oponerse a los archivos que contengan datos sobre su persona, ésta difícilmente podrá

¹⁰³ Eloy Espinoza-Saldaña Barrera, “El hábeas data en el derecho comparado y el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país” en “Derecho Procesal Constitucional”, editorial Porrúa, cuarta edición, México 2003, tomo III, pp. 2409, al referirse al que denomina “modelo europeo”, opina: “En este particular contexto, además de potenciarse la existencia de un conjunto de medidas preventivas cuya finalidad es hacer posible el posterior ejercicio del derecho que venimos estudiando, se concede muy especial importancia a las labores tuitivas que puedan desempeñar entidades especializadas sobre el particular, las cuales suelen configurarse como administraciones independientes que incluso en algunos casos cuentan con potestades sancionadoras propias. Estas decisiones pueden eventualmente ser revisadas en sede jurisdiccional, pero ello no suele hacerse frecuentemente.

¹⁰⁴ Cita 50 del capítulo I.

El proceso en la protección de datos personales

encontrar una esfera de protección a tales derechos, pues el control que los responsables de los archivos tengan sobre sus datos, será irrestricto.

Pareciera obvio y repetitivo lo antes dicho, sin embargo no lo es, ya que lo que se pretende destacar es que para el proceso, lo realmente relevante es el ejercicio de los derechos ARCO, así como su delimitación, con lo cual se busca lograr proteger, de manera efectiva, los derechos objeto de esta figura¹⁰⁵.

Ahora, conviene establecer cuál es la forma o figura procesal mediante la cual deben ejercerse los derechos ARCO.

Desde Roma, a la acción se le definía como “*el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe*”¹⁰⁶, pasando por Chiovenda, Couture, así como los insignes procesalistas mexicanos Gómez Lara u Ovalle Favela, por nombrar algunos; el concepto de ésta figura jurídica ha ido, más que cambiando o evolucionando, precisándose, pues las concepciones primeras contemplan de alguna forma, la esencia de lo que en nuestros días se concibe como acción.

Actualmente, en materia procesal, la acción se puede definir como: “el derecho subjetivo que se concede a las personas físicas y morales para que puedan provocar que un órgano jurisdiccional conozca de un conflicto de intereses determinado y lo resuelva mediante una sentencia”.¹⁰⁷

Pero mas importante que la definición de tal figura jurídica, conviene establecer la distinción de ésta con la pretensión. Al respecto, Devis Echandía, dice que aparece inevitablemente la pretensión, como el fin concreto que el demandante persigue, es decir, las declaraciones que pretende se hagan en la sentencia; esa pretensión es, por tanto, el *petitum* de la demanda.

En esa virtud, la acción y la pretensión son entidades jurídicas diferentes, pues mientras en la acción se ejerce el derecho de poner en funcionamiento al órgano jurisdiccional, en la pretensión se delimita o determina qué es lo que solicita o exige quien ejerció la acción. Además, la pretensión se puede hacer

¹⁰⁵ “La Ley juega un papel necesario, una función positiva, en los derechos fundamentales, ya que éstos, aunque gocen de eficacia directa, *ex Constitucione*, sólo adquieren su plenitud aplicativa cuando legalmente se desarrollan las condiciones de su ejercicio”. Manuel Aragón, en Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos, editorial Porrúa, tercera edición, México, 2005, p. 228.

¹⁰⁶ José Becerra Bautista, “El proceso civil en México”, editorial Porrúa, sexta edición, México, 1977, p. 38.

¹⁰⁷ Manual del Justiciable, Elementos de Teoría General del Proceso, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, cuarta reimpresión, abril de 2005, p. 41.

El proceso en la protección de datos personales

valer extrajudicialmente, sin ejercer la acción, pero para que ésta se ejerza debe señalarse la pretensión.

También importa destacar los elementos que conforman dicha figura jurídica, ya que en palabras de Devis Echandía¹⁰⁸, los sujetos de la acción son únicamente el actor (sujeto activo) y el Estado a quien se dirige a través del juez, que es el órgano mediante el cual actúa (sujeto pasivo). Ni el demandado ni el sindicado o imputado son sujetos pasivos de la acción; únicamente lo son de la pretensión que sí está dirigida contra ellos¹⁰⁹.

Trasladando las anteriores concepciones al tema, entonces tendremos que decir que la protección de datos personales, se debe dar a través de la pretensión ante una autoridad jurisdiccional competente, en la que una persona solicita de otra, responsable de un banco de datos, el acceso a éste, la rectificación de datos, su cancelación u oposición al mismo,¹¹⁰ cuando considere que se afecta su intimidad, honor, identidad personal o autodeterminación informativa.

I. Distinción basada en el objeto de protección, y alcances de las pretensiones relativas.

Ahora bien, para poder establecer los alcances y la delimitación de los derechos ARCO, se debe partir del grado de injerencia o intromisión de los archivos en la intimidad, honor, identidad o autodeterminación informática de las personas, lo cual se puede realizar, objetivamente, de una apreciación en la

¹⁰⁸ Hernando Devis Echandía, "Teoría General del Proceso", editorial Universidad, segunda edición, Bs. As. 1997, pp. 213 y 187.

¹⁰⁹ En el Manual del Justiciable, tomo Elementos de teoría General del Proceso, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuarta reimpresión, abril de 2005, se establecen como elementos de la acción a los sujetos, el objeto y la causa o invocación de un derecho presunto. En cuanto a los sujetos, dice que se habla de un sujeto activo y uno pasivo. El sujeto activo es quien ejerce el derecho de acción, es decir, el acto o demandante, en tanto que el pasivo es la persona contra quien el actor ha iniciado el proceso, es decir, el demandado. El objeto, es el efecto que se pretende como consecuencia del ejercicio del derecho. Puede hablarse en este sentido, de que el objeto persigue dos fines: en primer lugar, promover la actuación de un órgano jurisdiccional para efectos de que, mediante un proceso, se satisfagan una o mas pretensiones y, en segundo, que el demandado ceda a las pretensiones del actor. La causa o invocación de un derecho presunto, es el fundamento de la acción, supone la existencia, a un tiempo, de un derecho y de un hecho contrario a aquél, que no se ajusta a determinados fundamentos jurídicos.

¹¹⁰ Lo relativo a las definiciones acerca de qué debe considerarse como responsable de datos, banco de datos, transferencia, consentimiento, almacenamiento, etc., así como todos los conceptos relativos al tema de fondo del hábeas data, no serán objeto de análisis del presente estudio y los mismos se presumirán, a fin de centrarnos en el estudio procesal.

El proceso en la protección de datos personales

calidad de los datos contenidos en dichos archivos. Para ello, partiremos de la clasificación realizada por diversos autores al referirse a los datos, en sensibles y no sensibles¹¹¹, correspondiendo una mayor protección a los primeros, y una menor a los segundos, pues resulta patente que no se puede otorgar un mismo nivel de protección a datos de distintas categorías; no es lo mismo proteger un dato relativo a la edad o color de cabello, que a la preferencia sexual o política¹¹².

a. Datos sensibles

En la Ley Federal de Protección de Datos Personales, de México¹¹³, se definen a los datos sensibles en su artículo 3, como: *“Aquellos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual”*; definición que resulta bastante afortunada pues elabora una descripción general y amplia en un primer término, con lo que da cabida a que no se excluyan datos que si bien en una primera impresión no pudieran considerarse como sensibles, el tratamiento que se les de les otorgue tal categoría¹¹⁴.

¹¹¹ No se desconocen las diversas clasificaciones que de los datos hacen diversos autores como Masciotra o Gozáni, pues a juicio de quien escribe, para el proceso, y sobre todo para los alcances de las pretensiones que puedan llegar a intentarse en la protección de datos, importa más la intromisión del dato en los derechos de la persona, y ello, sólo puede medirse objetivamente de acuerdo a la calificación de sensibilidad de los mismos.

¹¹² Sin que tampoco se desconozca la clasificación de los tipos de hábeas data que hacen autores como Cifuentes en su obra “Derecho personalísimo a los datos personales” o Sagües en “Subtipos de hábeas data”, pues tales clasificaciones y sistematización sirven para poder entender de una mejor manera los alcances que puede tener la pretensión que se ejerza, sin embargo, se considera de mayor relevancia el establecer a partir de qué parámetros y bajo qué supuestos puede una persona solicitar la protección de sus datos, independientemente del nombre que se le pueda otorgar.

¹¹³ En la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales, en su artículo 2, se definen como datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o vida sexual. En el Código Procesal Constitucional Peruano, se alude a que el hábeas data, tiene entre otras finalidades, la de suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales. En tanto que en la Ley 15/1999 española, se alude a datos especialmente protegidos y se define como tales a los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

¹¹⁴ Cabe mencionar la opinión de Pucinelli, a propósito de la ley argentina, en la que, contrario a lo que se realizó con la legislación mexicana, se da un listado de cuáles deben considerarse como datos sensibles. Tal

El proceso en la protección de datos personales

Para Pierini, Lorences y Tornabene,¹¹⁵ los datos sensibles, son *“la información cuyo contenido se refiere a cuestiones privadas y cuyo conocimiento general puede ser generador de perjuicio o discriminación”*. Tales autores, distinguen entre datos sensibles y datos reservados, los primeros son inherentes a la persona, mientras que los segundos deben mantenerse en reserva para evitar males o perjuicios. La información que revela origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual, son datos sensibles, mientras la información relativa a antecedentes penales o contravencionales, configura datos reservados”.

Para Gozaíni¹¹⁶ los datos que afectan la sensibilidad de las personas, son *“los que de difundirse ponen en conocimiento de quien los conoce datos de contenido privado que, salvo manifestación expresa del afectado, socavan la intimidad de las personas. El dato sensible, como es conocido en la doctrina y legislación que lo aplica, se divide en dos campos: uno refiere al objeto de protección, propiamente dicho; el otro a la garantía que tutela estos datos y el nivel de protección que merecen de acuerdo al grado de sensibilidad que se le atribuye. El dato sensible se refiere a la salud, la condición racial y social, los pensamientos, hábitos y costumbres de la persona. Suelen establecerse categorías entre ellos con el fin de adecuar la protección al nivel de divulgación o exposición que puedan tener. Un primer grupo se refiere a los datos sobre ideología, religión o creencias, que se consideran especialmente sensibles, ellos no pueden hacerse públicos salvo expresa autorización del afectado. Inclusive, aun siendo obligatoria la prestación de datos, esta información está excluida por el carácter particularmente*

autor dice al respecto: “Si bien la norma sigue criterios bastante aceptados, cabe alertar que la definición realizada acerca de esta categoría de datos es incorrecta por cuanto intenta definir por medio de supuestos y no de conceptos. Además, es incompleta –no incluye todos los datos sensibles–; defectuosa en su formación y peca por defecto, en virtud de que un listado o categorías de datos configuraría un *numerus clausus*, lo que decididamente es un error grave. La regulación de estos datos debe ser permeable al ingreso de otras referencias no previstas, que bien pueden convertirse en sensibles en el futuro”. Oscar R. Pucinelli, Protección de datos de carácter personal, editorial Astrea, Bs. As. 2004, p. 170.

¹¹⁵ Pierini Alicia, Lorences Valentína y Tornabene María I. “Habeas data-derecho a la intimidad”, Editorial Universidad, Bs.As. 1998, pag. 24.

¹¹⁶ Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho procesal constitucional, “Hábeas data, protección de datos personales”, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. p. 233.

El proceso en la protección de datos personales

íntimo que tienen. El segundo grupo se vincula con los datos sobre el origen racial, la salud y la vida sexual, que como en el caso anterior no se pueden registrar salvo que el individuo lo permita. El tercero se relaciona con la historia personal de la persona en su vida social, destacando los datos sobre infracciones administrativas o antecedentes penales que tienen reglamentos especiales...”

Por su parte, Puccinelli¹¹⁷ establece que los datos sensibles “son aquellos que están esencialmente (no excluyentemente) vinculados con la privacidad y, por lo tanto, poseen una mayor potencialidad discriminatoria”.

Más importante que su definición de lo que considera como datos sensibles, de éste autor conviene transcribir la siguiente opinión:

“Por tal motivo, bien apunta Peyrano que algunos datos prima facie sensibles como la religión de una persona, no siempre resultan serlo en los hechos (v.gr., cuando se trata de la mayoritaria en un país determinado o simplemente en él exista una amplia tolerancia religiosa), y que otros datos que pueden no estar catalogados como sensibles sin embargo en determinadas situaciones pueden generar discriminación. Por ejemplo, un dato tan anodino, como el domicilio, para cuyo tratamiento es innecesario el consentimiento previo de la persona, puede en determinados casos generar discriminación (v.gr., laboral hacia personas domiciliadas en barriadas “de emergencia”)...”

En esto último coincide con Masciotra¹¹⁸ cuando señala: “expresamos nuestra disidencia con quienes caracterizan la información sensible por su vinculación a ciertas y determinadas cuestiones, tales como raciales, étnicas, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical o información referente a la salud o a la vida sexual; por cuanto entendemos que un marco legal específico que impone la prohibición, limitación o especiales condicionamientos en el tratamiento de datos depende de diversos elementos caracterizantes que pueden tener su causa en informaciones extrañas a la enumeración legal, que hasta incluyen datos que pueden obtenerse de fuentes de acceso público irrestricto. Es sabido que la interconexión de información permite

¹¹⁷ Ídem, cita 10.

¹¹⁸ Mario Masciotra, “El hábeas data, la garantía polifuncional”, Librería Editora Platense, La Plata Argentina, 2003, p.267.

El proceso en la protección de datos personales

que datos que individualmente no tienen mayor trascendencia al unirlos a otros pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características del individuo, que éste tiene derecho a preservar y a exigir que permanezcan en su ámbito de privacidad. Criteriosamente Gils Carbo sostiene que todo dato puede transformarse en sensible en la medida en que la sumatoria de datos no sensibles, pero que permita hacer un seguimiento de la vida de la persona, también puede representar una afrenta a la privacidad¹¹⁹.

De las opiniones anteriores, se destacan cuatro puntos importantes para poder establecer cuándo se trata de datos sensibles: 1. La sensibilidad o el aspecto íntimo de la persona, al que se refiere el dato; 2. La potencialidad discriminatoria con que puede usarse, 3. El trato o contexto en que se utiliza por parte del responsable de la base de datos; y 4. El trato o exposición que le da el titular.

Luego, corresponderá en cada caso establecer si de acuerdo a estos parámetros, enunciativos más no limitativos, se está en presencia de un dato sensible, y de acuerdo a ello, las partes en el juicio, como el juez que conozca del mismo, podrán delimitar los alcances de la pretensión, sin que válidamente se pueda hacer una enumeración o listado de aquellos datos que deban considerarse sensibles, pues de acuerdo a las circunstancias que rodean su tratamiento, características del titular, manejo de los mismos etc., es que en cada caso deberá establecerse si se está en presencia de un dato que afecte en grado sumo, o no, la sensibilidad de una persona.

Tales alcances, tratándose de datos que deban considerarse como sensibles, deben ser extensos, pues su tratamiento penetra de una mayor forma en la intimidad de las personas y puede causar un mayor perjuicio; por ello, su protección debe abarcar todas las posibilidades de los derechos ARCO, acorde la voluntad de su titular, o sea, debe existir la posibilidad de instaurar la pretensión correspondiente para ejercer el acceso a las bases de datos, la rectificación de estos, pero sobre todo, la cancelación de los que se contengan en una base de datos o la oposición a que se recopilen en una, pues precisamente por su

¹¹⁹ La llamada “teoría del mosaico”.

El proceso en la protección de datos personales

sensibilidad o por el peligro de que sean utilizados de manera discriminatoria, el derecho de su titular debe radicar esencialmente en que nadie más los tenga, con o sin su consentimiento; e incluso habiendo otorgado éste, debe incorporarse la posibilidad de revocar tal consentimiento, pues indudablemente la pertenencia de un dato sensible y su manejo, cuestiones inmanentes al ser humano, sólo puede recaer en su titular.

Resumiendo, cuando se trate de datos sensibles, el promovente de la pretensión respectiva podrá ejercer, a su arbitrio, todos y cada uno de los derechos ARCO, y será motivo de controversia de la contraparte, y decisión del juez, establecer si en realidad se está en presencia de esa clase de datos y de si resultan procedentes los alcances de la pretensión, para lo cual deberá tomar en cuenta, principalmente, los parámetros antes señalados así como acudir a su prudente arbitrio; sin que necesariamente estas cuestiones deban plasmarse en el texto de la legislación respectiva, ya que resultaría imposible legislar todos los aspectos que puedan llegar a presentarse en la realidad, pero que definitivamente deben tomarse en cuenta al momento de resolver.

b. Datos no sensibles

La mayoría de los autores no se refieren o abordan el análisis de lo que son los datos no sensibles, lo cual resulta comprensible si consideramos que estos serán los que por exclusión, no entran en la categoría de sensibles¹²⁰.

Así entonces, al igual que los datos sensibles, no resulta adecuado realizar en la legislación correspondiente, una lista o catálogo de aquellos datos que deban considerarse como no sensibles, inocuos o irrelevantes, pues dependiendo del uso que se les de a estos, casi cualquier dato podría ser usado para realizar un acto discriminatorio u ofensivo.

Lo que si resulta conveniente y deseable, es que se pondere al resolver, que existe un limite en el ejercicio de la pretensión cuando se está en presencia de

¹²⁰ Como una excepción a esto, tenemos a Osvaldo Alfredo Gozaíni, en Derecho Procesal Constitucional, hábeas data, protección de datos personales, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., p. 235, cuando se refiere a datos públicos o fácilmente conocidos, como aquella "...información personal que se encuentra disponible para cualquier interesado por encontrarse en registros o lugares de fácil acceso al público..."

El proceso en la protección de datos personales

datos de este tipo, y que el titular de los mismos, sólo puede acceder a la base de datos que los contenga, solicitar que se rectifique o actualice la información o bien oponerse a que se contengan los mismos, en éste último caso, por no cumplirse con alguno de los principios del tratamiento de los datos; es decir, que tratándose de datos no sensibles, sólo son objeto de protección los derechos de identidad personal y autodeterminación informativa, contrario a lo que sucede en el caso de los datos sensibles, en donde se pueden proteger todos los derechos que tutela el hábeas data¹²¹.

Tal limitación, se justifica por la atención y armonía que debe existir con los derechos de terceros, libertad de expresión, orden público, economía, etc.¹²², cuando se involucra la circulación de datos personales, pues si luego de determinarse que se trata de datos que de acuerdo a las circunstancias del caso no afectan la intimidad u honor de un individuo (esto una vez ejercida la pretensión y no *prima facie*), no existe razón para que no se dé el manejo de tales datos, siempre que correspondan a la verdad del individuo, o bien que se haya cumplido, en el recaudo, con los principios reguladores del tratamiento de datos.

Cabe destacarse, que si bien la clasificación de un dato puede determinarse en un sentido (sensible o no sensible) la misma no puede resultar única e inalterable, pues ésta siempre dependerá y estará supeditada al manejo que de ellos se haga por parte de los responsables de las bases de datos; lo cual, tiene repercusión en el ámbito de la seguridad jurídica y que debe tratarse con especial cuidado, a fin de no socavar la solidez de la cosa juzgada y para no someter al escrutinio de las autoridades judiciales casos ya resueltos con anterioridad, excepto, cuando las circunstancias del manejo de datos cambie por parte del responsable de la base de datos, lo cual podría ser motivo o materia de una causa de improcedencia.

¹²¹ En relación al tema, Masciotra, en “El hábeas data, la garantía polifuncional” Librería Editora Platense, La Plata Argentina, 2003, p. 141, opina: “...el derecho a la autodeterminación informativa conlleva a la soberanía total y absoluta de la información subjetiva por parte del titular de los datos en desmedro de los restantes integrantes de la sociedad y del Estado, que en algunas situaciones tienen el derecho y el deber de conocer de ciertos y determinados datos. No existen derechos absolutos, sino un equilibrio entre los intereses generales de la comunidad y los que la integran”.

¹²² Aquellos aspectos que en el capítulo I, se señalaron como límites y tensiones respecto del ejercicio del hábeas data.

El proceso en la protección de datos personales

Luego, al igual que tratándose de datos sensibles, corresponderá al juez que conozca de la pretensión, la clasificación de los mismos, la cual debe ser motivo de controversia entre las partes, y corresponderá al juez ponderar cuándo se está en presencia del tratamiento de un dato no sensible y si resultan procedentes los alcances perseguidos por el promovente de la pretensión.

Los aspectos antes planteados, de ninguna forma determinan que deban establecerse unos requisitos o formalidades para intentar el proceso cuando se trate de datos sensibles, y otros cuando se trate de datos no sensibles, pues estos deben ser los mismos, sino que tales cuestiones son las que deben tomar en cuenta las partes y el juez, a fin de poder establecer los alcances de la pretensión y de la decisión respectiva.

c. El objeto de protección tratándose de personas morales

Ferreira Rubio¹²³ afirma que las personas de existencia ideal (morales) si bien no pueden ser modificadas en sus sentimientos o sufrir daños morales, pueden tener derecho de proteger su buen nombre y su reputación. En este sentido estarán protegidas su correspondencia, las deliberaciones y las decisiones adoptadas por los órganos de gobierno de tales entes, etc. Además, con motivo de las desarrolladas técnicas informáticas, que se pueden aplicar al espionaje industrial, las compañías comerciales deben estar capacitadas para amparar su esfera de privacidad al igual que los individuos particulares.

Aunque no del todo, la anterior opinión resume la de este trabajo en cuanto al tema del ejercicio de la pretensión por parte de personas morales, aunque con las siguientes precisiones.

Una persona moral, o ideal, es una ficción jurídica creada por seres humanos o personas físicas. La misma, se define en las legislaciones, como la entidad a la que la ley reconoce personalidad jurídica, distinta de la de sus componentes, y sólo puede ser representada por personas físicas.

Por su propia naturaleza, la persona moral no cuenta con una corporeidad en la que puedan recaer derechos como la intimidad o el honor, pues estos son

¹²³ Ferreira Rubio, Delia M., El derecho a la intimidad, Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 156.

El proceso en la protección de datos personales

valores subjetivos que sólo corresponden a un ser humano en tanto los mismos son producto de su pensamiento y estimación. Las personas morales no piensan ni sienten.

En todo caso, el resentimiento que de la intimidad o el honor pudiera llegar a tener una persona moral, tendría que verse reflejado en lo que al respecto sintiera una de las personas físicas que la componen, en donde el derecho para reclamar la afectación respectiva recaería entonces en esa persona física, más nunca en la moral por carecer de esos valores de intimidad y honor.

Al respecto, Estadella Yuste¹²⁴ señala: “...que es difícil negar que las personas jurídicas carezcan de un derecho general de conducir sus actividades en secreto o de evitar que alguna información confidencial pase a manos de la competencia. No se puede atribuir a las personas jurídica un derecho individual a la intimidad, pues respecto de ellas el significado del término no es similar”.

La autora española entiende que es más apropiado atribuirles derechos y obligaciones propios y derivados de la naturaleza de sus actividades, relacionarlos con las ramas del derecho que regulan sus objetos y no fundamentarlos en instrumentos jurídicos que no han sido creados para personas de existencia ideal. Estadella Yuste, por tanto, sostiene que el derecho comercial tiene medios que bien pueden ser usados por las empresas para proteger sus secretos empresariales, patentes, etc.¹²⁵

De tal manera, que el acceso a promover la pretensión de protección de datos personales, se verá vedada para las personas morales, cuando ésta se base o pretenda establecer que se violan sus derechos de intimidad y honor; sin embargo, debe ser permitida para los casos en que se pretenda combatir actos que atenten contra su identidad o bien contra su autodeterminación informativa.

¹²⁴ Estadella Yuste, Olga, La protección de la intimidad; transmisión internacional de datos personales, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 37 y 38.

¹²⁵ Al respecto, La Ley Federal de Protección Industrial, prevé como objeto de la misma en su artículo 2º, entre otros, el de proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales; así como prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos.

El proceso en la protección de datos personales

Así es, si bien una persona moral no cuenta propiamente con intimidad y honor, por ser estos valores inmanentes sólo a los seres humanos, no se puede decir lo mismo de su identidad y el derecho de autodeterminación informativa; pues existen aspectos de las personas morales, como su nombre, domicilio, imagen, etc., que las distinguen de otras, y respecto de las cuales pueden llegar a resentir un agravio por el mal uso o uso inapropiado que de los mismos se haga.

Así también, no puede negarse el derecho de las personas morales, por éste sólo hecho de serlo, de regular y controlar el uso de la información relativa a ella misma, pues aun cuando ente jurídico, cuenta con derechos propios susceptibles de ser vulnerados por el uso indiscriminado de sus datos, tales como decisiones financieras ó crediticias ó cuestiones relativas a su prestigio, etc.¹²⁶

Finalmente, cabe mencionar, aun cuando esto atañe al tema de la legitimación, que la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares no prevé tal a las personas morales, pues su artículo 45 dispone que el procedimiento se iniciará a instancia del titular de los datos, y como tal, define en su artículo 2, a la persona física a quien corresponden los datos personales.

2. Presupuestos procesales

Para hablar de presupuestos procesales, seguiremos la exposición que de ellos hace Devis Echandía¹²⁷, ya que al igual que tal autor, se considera demasiado simplista la clasificación tradicional que contempla tales presupuestos, o los limita a la jurisdicción, competencia, capacidad para comparecer al proceso (legitimación en el proceso), demanda en forma y capacidad para ser parte (legitimación en la causa).

Así, tenemos que dicho autor distingue los presupuestos procesales en: 1) presupuestos procesales previos al proceso, que se subdividen en dos grupos: a)

¹²⁶ En Palazzi, Pablo Andrés, “Algunas reflexiones sobre el hábeas data a tres años de la reforma de la Constitución Nacional, en E.D. 174-939., se encuentra la siguiente opinión: “...en el caso de éstas últimas (habla de las personas jurídicas, o morales) no estará afectado el derecho a la intimidad, habida cuenta de que las mismas carecen de ello. 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 éstos tienen, entre otros casos”.

¹²⁷ Misma cita que la número 4.

El proceso en la protección de datos personales

presupuestos procesales de la acción, que miran al ejercicio válido del derecho subjetivo de acción, por el demandante, denunciante o querellante, y b) presupuestos procesales de la demanda, que deben reunir para que el juez admita la demanda; 2) presupuestos procesales del procedimiento, que atañen al válido desenvolvimiento del proceso, hasta culminar con la sentencia, cualquiera que sea el contenido de ésta.

I. De la acción (pretensión)

Dentro de esta clase, dice el autor en cita, comprendemos los requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente, entendida ésta como derecho subjetivo a la obtención de un proceso, es decir, condiciones para que el juez oiga la petición que se le formule para iniciar un proceso. Dichos requisitos son: 1) La capacidad jurídica y la capacidad procesal o *legitimatío ad processum* del demandante y su adecuada representación, 2) la investidura del juez, esto es, que no se trate de un particular, 3) la calidad de abogado titulado, cuando así se requiera y 4) la no caducidad de la acción.

De tales requisitos, interesa para el presente estudio referirnos a la legitimación, más no a aquella a la que se refiere el autor (*ad processum*), sino hacia el derecho sustantivo para poder ejercer la acción (*ad causam*), ya que se considera que aquél tema, el de la legitimación en el proceso, se encuentra debidamente regulada por el derecho civil; y no obstante que la legitimación en la causa pudiera no considerarse como un requisito procesal, sino de fondo, ya que por definición es una cuestión que debe establecerse para saber quién o quienes pueden comparecer a este tipo de proceso, es lo que importa destacar en el presente apartado. Asimismo, interesa referirnos a la no caducidad de la acción, en cuanto a que se prevea, o no, un plazo para instaurar la pretensión relativa a la protección de datos.

a. Legitimación

Como señalé, la legitimación que importa estudiar en el presente apartado, es la denominada legitimación en la causa, esto es, quién tiene el derecho a

El proceso en la protección de datos personales

activar la pretensión relativa a la protección de datos, y quién puede ser señalado como demandado en el mismo, y no tanto quién tiene capacidad para comparecer al juicio.¹²⁸

i. Activa

En el capítulo relativo al derecho comparado, podemos advertir que en Argentina se otorga legitimación activa tanto a personas físicas, como a personas ideales (morales) y se prevé como coadyuvante al Defensor del Pueblo. De la misma manera en Perú se otorga legitimación activa a personas físicas y morales, además, a la Defensoría del Pueblo, esto es, se amplía el campo de protección a un organismo encargado de vigilar la no violación de los derechos fundamentales. Finalmente, en España, se otorga legitimación activa sólo a las personas físicas.

Por su parte, como ya antes se señaló, en la Ley Federal de Protección de Datos Personales, el artículo 45 dispone que el procedimiento se iniciará a instancia del titular o de su representante, debiendo destacarse que en el artículo 3, se define como titular a: la persona física a quien corresponde los datos personales.

Aunque parcialmente, se comparte ésta última idea en cuanto a que la pretensión del hábeas data sólo puede corresponder a una persona física, pues como se estableció en el primer capítulo, los derechos que protege, entre otros, son la intimidad y el honor, mismos que tienen la calidad o naturaleza netamente humana, respecto de los cuales si bien pueden existir equivalentes en las personas morales, las mismas son parte de un ámbito de protección distinto, ya sea en materia civil o de protección industrial; pues tales derechos pertenecen al área ontológica, como la vida y la libertad, respecto de los cuáles sólo los seres humanos pueden resentir una trasgresión de los mismos.

Retomando uno poco lo dicho al establecerse el objeto de protección, tenemos que la invasión a la intimidad y honor de las personas morales, al ser éstas ficciones jurídicas, no puede existir, en tanto que ni siquiera tienen una

¹²⁸ Orienta al respecto la siguiente tesis: 5. Registro No. 197892, Rubro: CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y EN EL PROCESO. Localización: 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; VI, Agosto de 1997; Pág. 468; [T.A.].

El proceso en la protección de datos personales

corporeidad, pues ésta sólo se da a través de una persona física. En el último de los casos, la afectación a uno de esos ámbitos, sólo podría darse por el resentimiento que una persona física, integrante de la moral, considerara que se da de unos de esos derechos, pero entonces, la legitimación para su instauración se volcaría hacia a él, y ya no, ni nunca, hacia el ente jurídico ficticio.

Por ello, se considera que la legitimación activa, aunque debe corresponder tanto a las personas físicas, como morales, el ejercicio de éstas últimas, debe encontrarse limitado a la protección de los derechos de identidad personal y autodeterminación informativa.

Importa destacar, dada la constante preocupación en la doctrina, el tema de la legitimación de los sucesores, así como la existencia de un órgano protector de los derechos de las personas, en las legislaciones de Argentina y Perú.

En cuanto al primero de dichos temas, el de los sucesores, Zavala de González¹²⁹ afirma: “...la muerte, al extinguir la persona –sujeto y soporte de todo derecho-, extingue igualmente aquellos bienes jurídicos que le son sustancialmente inherentes. La vida, la libertad, la intimidad, son inescindibles ontológicamente del hombre y media una imposibilidad radical para afirmarlos después de su fallecimiento”; en tanto que Bidart Campos¹³⁰ señala: “...los muertos no prolongan los derechos que titularizaron en vida, ni siquiera como subsistentes en la memoria de sus deudos; los derechos de éstos podrán estar concatenados a los que fueron de la persona fallecida, pero serán derechos de quienes siguen viviendo, que se les reconocen en virtud del vínculo parental con el difunto. Eso y sólo eso”.

Como se puede apreciar de lo transcrito, opiniones que se comparten y que en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares también se prevén al disponer que el procedimiento sólo puede instarse por el titular de los datos, lo que excluye a las personas que hayan fallecido; la pretensión de protección de datos personales no puede instarse por los sucesores de un fallecido, so pretexto de que se afectan los derechos de éste último, pues al

¹²⁹ Zavala de González, Matilde, “derecho a la intimidad”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1982, p. 77.

¹³⁰ Bidart Campos, Germán J., ¿hábeas data, o que? ¿derecho a la verdad o que?, en L.L. 1999-A-212.

El proceso en la protección de datos personales

ocurrir el hecho material de la muerte, desaparece toda protección de los derechos de dicha persona, surgiendo a la vida los que en su caso correspondan a herederos, sucesores, etc., debiendo agregarse, que el posible resentimiento que llegara a considerarse por parte de los sucesores o herederos, se traslada a dicha persona en tanto que sería ésta quien resentiría el trato de los datos del *de cuius*, respecto del aprecio que de ellos tenga o afecten a su propia persona, es decir, la pretensión la deberá intentar el sucesor por nombre propio.

En cuanto al tema de la legitimación de los Defensores del Pueblo, que prevén las legislaciones de Argentina y Perú, cabe decir que aun cuando no con las mismas características, éstas encuentran su equivalente en las Comisiones de Derechos Humanos, tanto nacional como estatales, que pudieran ocupar y desempeñar el papel que ahí se les encarga; además, citando al doctor Carbonell en clase, en materia de derechos fundamentales se debe partir de la idea de ampliar el espectro de protección de estos, y no de limitarlo, de ahí que se considere que debiera incluirse como legitimados (como ocurre en otros medios de control constitucional) a un organismo, sean las Comisiones de Derechos Humanos u otros, para instar tal pretensión.

Como un apunte final, cabe destacar el disenso que existe en la doctrina acerca de la obligatoriedad o no de acreditar un interés jurídico, así como el agravio en su esfera. Así, por ejemplo, Gozaíni¹³¹ dice: *“la acción sólo es posible para quien acredite un interés directo y un daño potencial o cierto que lo habilite al reclamo... Para nosotros es preciso reconocer en el que peticiona algún derecho o interés vinculado con lo que está reclamado”*; en tanto que Ekmedkjián¹³², ha puntualizado: *“que el accionante no debe demostrar un daño específico como resultado de la acción ilegítima del sujeto pasivo, pues en materia de derecho a la privacidad la capacidad dañosa de la intrusión se presume juris et de jure”*.

Debo decir que comparto la primera de las posturas, pues la instauración válida de una pretensión, tiene como presupuesto que se cuente con un derecho,

¹³¹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. p. 403.

¹³² Citado por Mario Masciotra, en El hábeas data, la garantía polifuncional, Librería Editorial Platense, La Plata 2003, p. 583.

El proceso en la protección de datos personales

y que éste haya sido vulnerado; así, sólo puede comparecer a defender un derecho, quien cuenta con él, y sólo puede llegar a obtener sentencia favorable, si el mismo ha sido violentado, luego, debe ser requisito de la legitimación en la causa.

ii. Pasiva

Para hablar del tema de la legitimación pasiva, resulta necesario que me remita al porqué de la no inclusión en el presente estudio, del acceso a la información pública como derecho que protege el hábeas data, a que se alude en la cita 48 del capítulo I.

Para explicar mejor lo anterior, conviene transcribir el contenido de los artículos 6 y 16, segundo párrafo constitucionales, que dicen:

“Art. 6°.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

(ADICIONADO, D.O.F. 20 DE JULIO DE 2007)

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

El proceso en la protección de datos personales

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”.

“Artículo 16.

(...)

(ADICIONADO, D.O.F. 1 DE JUNIO DE 2009)

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”.

Como se puede advertir, el artículo 6° constitucional, prevé principalmente, el derecho de acceso a la información pública, facultando a toda persona, aun sin que tenga o acredite interés, en acceder a la misma, así como la obligación del Estado (entidades públicas) de proporcionarla.

Ahora, el segundo párrafo del artículo 16, como se vio en el primer capítulo, prevé implícitamente la figura del hábeas data, como garantía en la protección de datos personales, la cual tiene como finalidad la de proteger la intimidad, el honor, la identidad personal y la autodeterminación informativa.

Del anterior análisis, se desprende que la naturaleza, objeto y fines de ambos derechos, difiere totalmente, pues mientras uno trata de garantizar que toda persona pueda conocer la información relativa a los órganos de la Federación, estados, municipios y Distrito Federal, y su finalidad es la transparencia en la información en poder del Estado, para el mejor funcionamiento de éste; el otro establece la facultad para que una persona pueda acceder y rectificar sus datos personales que se encuentren en poder de dichas entidades, teniendo como fin la protección de las personas y sus derechos.

Luego entonces, la conjunción de ambas figuras en el artículo 6° constitucional, respecto de la información en poder del Estado, su prevención en el artículo 16 por separado (sin que se especifique en éste que se refiera a datos

El proceso en la protección de datos personales

personales en poder de particulares) y como consecuencia, su escisión en distintas leyes, como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, por una parte, y la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, por otra; resulta injustificada, doctrinalmente inconexa y legislativamente incorrecta.

Así, lo que debió permear en la reforma a los artículos 6° y 16 constitucional, era; primero, separar los derechos de acceso a la información pública y la protección de datos personales; y segundo, aglutinar en una sola legislación la posibilidad de reclamar actos contra el tratamiento de datos personales, en poder del Estado, y de particulares.

Al no haberse hecho así, el estado actual de la legislación obliga al gobernado que pretende la protección de sus datos personales en posesión de entidades públicas federales, a llevar a cabo un procedimiento ante éstas, y subsecuentemente ante el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, previsto en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y a combatir las resoluciones dictadas por éste, vía amparo indirecto ante el Poder Judicial de la Federación acorde su artículo 59, así como el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo; y en caso de que pretendan proteger sus datos personales en poder de particulares, deberá llevar a cabo un procedimiento distinto ante los propios particulares, y subsidiariamente, también ante el instituto antes mencionado, de acuerdo a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, asimismo, las resoluciones que dicte en este caso el instituto, deberá combatirlas a través del juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa¹³³, acorde el artículo 45, y contra las resoluciones dictadas por dicha autoridad, deberá combatirlas vía

¹³³ Aunque al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que no es necesario agotar el juicio de nulidad, pues prevé más requisitos que la Ley de Amparo, para conceder la suspensión de los actos reclamados, La jurisprudencia respectiva es la siguiente: Registro No. 172342, Rubro: RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS. Localización: 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Mayo de 2007; Pág. 1103; [J].

El proceso en la protección de datos personales

el juicio de amparo directo, conforme lo previsto en el artículo 158 de la Ley de Amparo.

Así también, no debemos olvidar los procesos que las legislaturas locales han instaurado (mismas que deberán reformarse o adecuarse a las reformas constitucionales, las que no lo hayan hecho ya) tratándose de las bases de datos en poder de las autoridades estatales, que pueden ser tan diversos y complejos como lo permita la imaginación de las treinta y dos legislaturas del país, mismas que indefectiblemente, para ser definitivas, tendrán que ser combatidas vía el juicio de amparo, de acuerdo a la legislación positiva actual.

Aunado a lo anterior, debemos recordar, de acuerdo a la exposición que se realizó en el capítulo I, que tratándose de información crediticia, es otro el procedimiento que se debe seguir de acuerdo a la Ley para Regular a las Sociedades de Información Crediticia, en principio, antes las sociedades de información crediticia (incluida reclamación) y en caso de no favorecer a sus intereses, por medio de reclamaciones ante la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) en contra de los Usuarios Empresas Comerciales, las cuales serán tramitadas conforme a los procedimientos previstos en la Ley Federal de Protección al Consumidor; o bien, podrán presentar reclamaciones ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) en contra de los Usuarios Entidades Financieras o Sofomes E.N.R., las cuales serán tramitadas conforme a los procedimientos previstos en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Tratándose de las resoluciones de la PROFECO, éstas podrán ser impugnadas mediante el juicio de amparo¹³⁴; en tanto que las resoluciones de la CONDUSEF, tendrán que combatirse mediante el juicio contencioso administrativo, seguido ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y, eventualmente, mediante el juicio de amparo.

Desde este panorama, el camino para la protección de datos en México, resulta sinuoso, tortuoso y pernicioso, valiéndose la cacofonía; pues se prevén

¹³⁴ Registro No. 188539, Rubro: PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Localización: 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XIV, Octubre de 2001; Pág. 426; [J].

El proceso en la protección de datos personales

distintas vías distintas administrativas, sus respectivos recursos y medios de defensa, que derivan, para poder considerarse como definitivas, en la impugnación vía juicio de amparo; cuando debiera ser una sola vía, constitucional, en la que se combatieran actos de entes públicos y privados, esto es, la legitimación pasiva debiera recaer en entidades públicas (órganos federales, estatales, municipales, organismos desconcentrados, descentralizados, etc.) así como en personas privadas, físicas y morales, incluyendo, desde mi punto de vista, a las sociedades de información crediticia, pues respecto de éstas no advierto justificación razonable que las excluya o separe del resto de las personas, como se realiza en la mayoría de los países que cuentan con ésta garantía, sino más bien, se advierten otro tipo de intereses que hacen que se les otorgue una regulación especial¹³⁵.

Al respecto, cabe destacar, como bien señala el artículo 2 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, así como la legislaciones de Argentina, Perú y España, que coinciden en lo esencial, que no podrán ser considerados legitimados pasivamente, o que contra ellos no podrá instarse la pretensión, a las personas privadas (ya físicas, ya morales) cuya recolección y almacenamiento de datos sea de uso exclusivamente personal, y sin fines de divulgación o utilización comercial; lo cual persigue la no intromisión, so pretexto del ejercicio de un derecho, en las actividades de particulares que no afecten a terceros, actividades que irremediamente deberán ser analizadas por el juez de la causa, si llegare a darse el caso, a fin de establecer si efectivamente se trata o no de actividades exclusivamente personales y si éstas se realizan sin fines de divulgación o lucro. Además, puede ser que en un momento se de ésta calificación, pero que la misma pueda variar a través del tiempo, si el responsable de la base de datos varía la utilización de la misma.

¹³⁵ La regulación o trato especial que se da a las entidades financieras, ni siquiera encuentra justificación en el contenido del artículo 28 Constitucional, en cuanto éste dispone que el Banco Central procurará la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, para lo cual, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros; pues la protección de datos personales, no puede, de manera alguna ir contra tales intereses públicos, empero, el hecho de que las entidades financieras (sociedades de información crediticia) sean incluidas como agentes pasivos contra los cuales se pueda instaurar la garantía que nos ocupa, no afecta en forma alguna tal facultad, por el contrario, debe considerarse que la fortalece, pues entre otros fines, tiene el de establecer los datos verídicos de las personas, lo cual redundaría en un mejor desempeño de sus funciones.

El proceso en la protección de datos personales

b. Plazos

Aunque el procesalista cuya exposición se sigue habla de “caducidad de la acción”, lo cierto es que de acuerdo a criterios firmes y definidos en la doctrina¹³⁶, así como a los criterios del Poder Judicial de la Federación¹³⁷, debemos referirnos a la prescripción de la pretensión, si lo que se busca es establecer dentro de qué plazo debe promoverse ésta.

En efecto, la finalidad de la prescripción, es descrita por el autor Santoro Passarelli como la oportunidad de lograr la adecuación de una situación de hecho a una situación de derecho. Esto ocurre si un derecho subjetivo no se hace valer, por quien podría hacerlo, durante cierto tiempo (situación de hecho) entonces, ante tal impasibilidad, el derecho mismo es perdido por su titular (situación de derecho).

Ahora, lo interesante de este asunto, no es el establecer si el plazo para promover la pretensión de protección de datos personales debe ser de quince días, o diez años; pues regularmente este tipo de plazos resultan arbitrarios, ya que no cuentan con un sustento objetivo por medio del cual se fijen, así, el ejercicio de un derecho bien puede ser de cinco años, pero también de cuatro o seis, ya que tal decisión se encuentra sujeta al parecer del legislador, sin que, se reitera, se expongan regularmente bases objetivas para establecer determinado lapso en el cual deba ejercerse una acción o pretensión.

Lo medular de la pertinencia de establecer un plazo, o no establecer alguno, estriba o tiene su sustento en el tipo de derechos que se pretenden proteger, y si su ejercicio puede o no estar limitado a un lapso determinado.

Asimismo, importa para esto, si al establecerse un plazo, o el no hacerlo, impacta en la seguridad jurídica de los involucrados.

¹³⁶ El fundamento de la prescripción de acciones se encuentra en la presunción de abandono o renuncia del derecho que el acreedor podría hacer valer, compeliendo al deudor al cumplimiento de la obligación recíproca; y nada más justo que aquél a quien corresponda un derecho pueda renunciarlo, así como que esta renuncia sea expresa, constituyéndose entonces el modo de extinguir obligaciones mediante el transcurso de un plazo determinado por la ley, sin que se ejecute la acción que a uno compete contra otro para que se presuma dicha renuncia y relevando al deudor del cumplimiento de la obligación contraída, en virtud de prescripción. Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México 2004, tomo P-Z, p. 2969.

¹³⁷ Registro No. 165197, Rubro: PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD. DIFERENCIAS. Localización: 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXI, Febrero de 2010; Pág. 2890; [T.A.].

El proceso en la protección de datos personales

Gregorio Badeni¹³⁸ nos dice: *“que en un sistema democrático constitucional el individuo constituye la causa, fundamento y fin de toda la organización política, cuya creación y subsistencia, con todas las técnicas y procedimientos implementados a tal fin, responden al propósito exclusivo de concretar la libertad y dignidad del hombre”*.

“En la democracia constitucional, apunta el autor, valores tales como el Estado, la nación, un determinado grupo social, racial, político o religioso, no están para ser servidos por el individuo, sino, por el contrario, y en función de la idea política dominante, para servir al hombre con el propósito de alcanzar su libertad y dignidad en un proceso inagotable de enriquecimiento espiritual y de bienestar material. Toda interpretación de las normas constitucionales debe estar encaminada a la preservación de esa libertad y dignidad, que presupone la vida del hombre, con prescindencia de otro valor jurídico y social”.

Por otra parte, el mismo autor, al hablar de libertad, dice: *“que ese concepto individual se proyecta sobre la vida social generando las libertades civiles y políticas que, al desenvolverse en un marco de convivencia, están sujetas a una reglamentación razonable emanada del poder político. El concepto individual de libertad se traduce así en un valor jurídico social que la organización política debe preservar y coordinar”*.

Lo que se pretende destacar con las citas anteriores es, por una parte, que el sistema jurídico y político en una democracia, debe estar encaminado a preservar la libertad y dignidad del ser humano¹³⁹, pero también, que resulta necesario establecer una reglamentación a fin de que el Estado pueda regular y coordinar los derechos de cada persona.

Este marco de regulación que resulta necesario para la convivencia y bienestar común, consiste en esencia la seguridad jurídica, y entre tales reglas se hayan aquellas formalidades de los procedimientos a que alude el artículo 14

¹³⁸ Gregorio Badeni, Tratado de Derecho Constitucional, segunda edición, La Ley, 2006, Argentina, tomo I, p. 504.

¹³⁹ Manuel Aragón, en Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos, editorial Porrúa, tercera edición, México, 2005, p. 217, dice: “La característica genuina, es decir, la nota definitoria del Estado constitucional como forma política histórica, no es sólo la limitación del poder mediante el derecho, sino, sobre todo, el sentido de esa limitación, o dicho en otras palabras, el fin a cuyo servicio la limitación se establece: la garantía de libertad”.

El proceso en la protección de datos personales

constitucional, en tanto las mismas disponen las formas, reglas y bases para llevar a cabo los distintos procesos, mismos que deben estar establecidos en una ley.¹⁴⁰

A su vez, dentro de las formalidades del procedimiento, se hayan los plazos y términos dentro de los que se deben ejercer las pretensiones, cargas procesales, recursos, etc.

Así, si bien resulta necesario establecer en las leyes respectivas, los plazos y términos en que deben ejercerse ciertas pretensiones, derechos, cargas procesales, recursos, etc., a fin de no socavar el principio de seguridad jurídica y legalidad, para conservar la armonía y estabilidad sociales, cuando estas se vean involucradas en un proceso judicial; existen ciertas excepciones a tales reglas, que al estar relacionadas con la preservación de las libertades y dignidad humanas, escapan a esta especial regulación.

En efecto, cuando nos referimos a derechos o valores como la vida, la libertad o la integridad física, estamos hablando de valores inmanentes a la dignidad humana, esto es, que sin las mismas no se puede concebir el desarrollo y plenitud de persona alguna; por ello, cuando a través de un instrumento procesal se pretenden proteger este tipo de valores, no se puede someter o limitar el ejercicio del mismo a un plazo determinado, pues el transcurso del tiempo no puede hacer que el acto que vulnera esa calidad de derechos o valores, se consienta, desaparezca, o no pueda ser revisado por una autoridad, pues, se reitera, los valores en juego no pueden verse vulnerados por persona o autoridad, sin que se realice su escrutinio vía constitucional¹⁴¹.

Por ello, si a través del hábeas data, del instrumento o garantía constitucional con el que se protegen los datos personales, subyace como ya se vio, la protección de derechos como la intimidad, el honor, la identidad personal y la

¹⁴⁰ Al respecto, Gregorio Badeni, Tratado de Derecho Constitucional, segunda edición, La Ley, 2006, Argentina, tomo I, p. 476, alude a esta circunstancia, como el principio de legalidad, que constituye el rasgo distintivo por excelencia del Estado de Derecho. Significa que en el seno de una organización política global impera solamente la voluntad de la ley, y no la voluntad de los gobernantes. Que toda decisión con la cual se pretenda imponer obligatoriamente una conducta determinada debe ser autorizada, en sus alcances y consecuencias, por una ley. Asimismo, también significa que las normas legales en un Estado de Derecho deben ser acatadas por igual tanto por los gobernados como por los gobernantes.

¹⁴¹ Ejemplo claro de ello es el derecho a la libertad, la vida, integridad personal, etc., respecto de los cuales se puede promover el amparo en cualquier tiempo, de acuerdo al artículo 22 de la Ley de Amparo.

El proceso en la protección de datos personales

autodeterminación informativa, los cuales por su naturaleza ontológica no pueden ser afectados o intervenidos, sin que dicha afectación o intervención sea revisada por las autoridades judiciales, el ejercicio de la misma no puede verse supeditado o limitado a un plazo.

Además, no puede considerarse que se afecte, es más, ni siquiera que exista un interés por parte de terceros, léase responsables de las bases de datos, en conservar éstas con datos erróneos o que no correspondan a la realidad, ni de conservar datos que puedan considerarse sensibles, que por principio no les pertenecen, y que no pueden ni deben manipular; razón por la cual, el derecho de dichos terceros a la seguridad jurídica que debe otorgar el Estado, no justifica que se establezca un plazo para ejercer la pretensión protectora de los datos personales.

II. De la demanda

Siguiendo con la exposición que de los presupuestos procesales hace Devis Echandía, tenemos que por los de la demanda, entiende aquellos requisitos necesarios para que se inicie el proceso o relación jurídica procesal, que debe examinar el juez antes de admitir la demanda, y que son: a. Que la demanda sea formulada ante juez de la jurisdicción a que corresponde el asunto, y a su vez, que se formule ante juez competente; b. la capacidad y la debida representación del demandado o legitimación en el proceso (con lo cual no se está del todo de acuerdo, pues el autor habla de requisitos de la demanda, y éste debiera ser un requisito del proceso) y c. La debida demanda que incluye el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos que la ley exija, los cuales deberá examinar y exigir el juez a fin de admitirla o rechazarla; de los cuales no se abordará el relativo a la legitimación del demandado, por ya haberse hecho en el apartado anterior.

a. Competencia

Para poder establecer qué tipo de pretensión es la que debe instaurarse respecto de la protección de datos personales, resulta necesario establecer a qué

El proceso en la protección de datos personales

órganos jurisdiccionales compete su conocimiento, y para ello, es indispensable definir cuál es la materia de la misma.

Así, conviene recordar que se define a la jurisdicción, como “la función pública que ejercen órganos del Estado independientes o autónomos, a través del proceso, para conocer de los litigios o las controversias que les planteen las partes y emitir su decisión sobre ellos; así como para, en su caso, ordenar la ejecución de tal decisión o sentencia¹⁴²”, en tanto que la competencia es “la suma de facultades que la ley da al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos¹⁴³”.

La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por ésta se le otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto y concierne conocer todos los asuntos adscritos a ésta. Entre ellas hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa¹⁴⁴.

Para llegar a establecer cuándo un litigio concreto queda o no dentro de los que puede conocer un juzgador, existen ciertos factores que se conocen comúnmente como criterios fundamentales para determinar la competencia, que son la materia, la cuantía, el grado y territorio; al lado de los cuales existen otros que eventualmente influyen sobre la competencia del juzgador, llamados complementarios, que son: la prevención, la atracción y la conexidad¹⁴⁵; criterios de los cuales para el presente estudio interesa el de la materia.

i. Materia

Este criterio, se basa en el contenido de las normas sustantivas que regulan el litigio o conflicto sometido al proceso¹⁴⁶.

¹⁴² José Ovalle Favela, *Teoría General del Proceso*, editorial Oxford University Press, cuarta reimpresión, México 2008, p. 121.

¹⁴³ Ídem cita anterior, p. 135.

¹⁴⁴ Hernado Devís Echandía, *Teoría General del Proceso*, editorial Universidad, Bs. As. tercera edición, 2002, p. 141.

¹⁴⁵ Se sigue la exposición de Ovalle Favela en la obra relativa a la cita 24.

¹⁴⁶ Para Devís Echandía, tal factor se denomina como objetivo, el cual dice deriva de la naturaleza del pleito o de la relación jurídica objeto de la demanda.

El proceso en la protección de datos personales

Para poder determinar cuál es o debe ser el contenido de la pretensión relativa a la protección de datos, debemos retomar los derechos que tutela (intimidad, honor, identidad y autodeterminación informativa) y establecer de qué tipo son estos o dentro de qué categoría entran.

En su obra “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, el autor italiano Luigi Ferrajoli¹⁴⁷, nos señala que existen varios planos de análisis para estudiar los derechos, que son:

1. Dogmática jurídica,
2. Teoría de la justicia,
3. Teoría del derecho y,
4. Sociológico.

De acuerdo al primer nivel de análisis, un derecho fundamental será aquél que se encuentra reconocido en la Constitución. Lo que se trata de contestar es ¿cuáles son los derechos fundamentales? y la respuesta se da a través de un ordenamiento jurídico.

El segundo nivel, intenta contestar la pregunta ¿cuáles deben ser los derechos fundamentales? e importa explicar, ofrecer razones y justificaciones por las cuales debe ser considerado como fundamental un determinado derecho.

El tercer nivel contesta a la pregunta ¿qué es un derecho fundamental? en donde la respuesta es una definición estipulativa, no necesariamente correcta o incorrecta.

El cuarto nivel de análisis es el sociológico o historiográfico, mediante el cual se trata de establecer cuáles son y han sido derechos fundamentales y porqué.

De los niveles que señala Ferrajoli, considero más importantes el de la teoría de la justicia, y el sociológico; pues el hecho de que un derecho se encuentre o no reconocido en un ordenamiento jurídico (dogmática jurídica) o que encuadre en una definición de lo que la doctrina considera como derechos fundamentales (teoría del derecho) no necesariamente determina su valor,

¹⁴⁷ Citado por Miguel Carbonell, en Los Derechos Fundamentales en México, editorial Porrúa, primera reimpresión, 2005, p. 3, cuya exposición se seguirá en el presente apartado.

El proceso en la protección de datos personales

trascendencia o importancia para poder considerarlo como fundamental, pues resulta obvio que aun cuando alguna legislación no reconociera diversos derechos fundamentales, como la libertad, aun así estos existirían¹⁴⁸.

Siguiendo estos dos niveles de análisis, podemos concluir con relativa facilidad, que la intimidad, el honor, la identidad personal y la autodeterminación informativa, son derechos fundamentales; pues las razones (teoría de la justicia) del porqué deben considerarse en esa categoría, radican en la importancia que tales aspectos tienen en relación con la persona, en su desarrollo como tal y en su relación con la sociedad, y porque dichos aspectos de la persona son y han sido (sociología) de manera consensuada, siempre importantes para la sociedad en general.

Tal deducción, coincide con lo que al respecto señala Miguel Carbonell, cuando explica: *“En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdés podemos entender por bienes básico aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral”*¹⁴⁹; pues resulta indudable que la intimidad, el honor y la identidad personal son considerados por casi todas las sociedades del mundo, como bienes básicos, sin los que difícilmente alguna persona pueda desarrollar un plan de vida, pues siendo aspectos intrínsecos a la misma y a su conformación moral y mental, ésta no podría viablemente desarrollar una vida de manera plena, si no pudiera ejercerlos de manera libre.

En efecto, desde siempre la sociedad ha protegido, en una menor o mayor medida, y en casi todas las culturas, un derecho a que las personas que la conforman, guarden para sí, en reserva, diversos aspectos que no desea sean conocidos por terceros (intimidad); asimismo, ha tenido y tiene gran importancia la

¹⁴⁸ Tal y como opinan los iusnaturalistas.

¹⁴⁹ Ídem, cita anterior.

El proceso en la protección de datos personales

apreciación que de sí mismas tienen, o que tienen los demás acerca de ellas (honor), así como que se les identifique de acuerdo a su origen, nombre, edad y demás condiciones que la ubican como un ser único (identidad personal); aspectos sin los cuales la vida para las personas, en lo personal, valga la redundancia, se tornaría agreste y difícil al tocar aspectos psicológicos, y en su relación con los demás, se volvería ríspida, pues no existiría un respeto hacia los aspectos más elementales de cada quien, lo cual violentaría su convivencia. De igual manera, y en la actualidad, el control de los datos de una persona en poder de otras (autodeterminación informativa), ha alcanzado un grado de importancia, si no igual al de los derechos antes señalados, si relevante dada la era informática y globalización en que se encuentra inmerso el mundo, en donde no sólo trasciende el hecho de que se contengan datos de alguien por parte de otros, sino el manejo que de ellos se haga y el impacto que tal manejo tenga en su vida diaria.

La determinación de que los derechos que protege el hábeas data (intimidad, honor, identidad personas y autodeterminación informativa) son fundamentales, resiste el análisis de diversas teorías. En efecto, como hemos visto, los derechos como la intimidad, el honor y la identidad personal, forman parte de un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por norma jurídica alguna (teoría liberal) por lo que el ordenamiento relativo, sólo debe reconocerlos, aun cuando esto no sucede con el derecho de la autodeterminación informativa, por ser ésta una ficción jurídica que tiene mas que ver con bases de datos, la misma se funda en el derecho de libertad, en cuanto a la autorregulación de los datos que sobre su persona tengan los demás. Asimismo, como se vio, los derechos que protege el hábeas data, regulan ámbitos vitales subjetivos, tendentes a la realización de ciertos fines (teoría institucional) pues atañen a aspectos de la persona psicológicos y sociológicos, necesarios para su desarrollo como persona y; en cuanto a la teoría axiológica, tales derechos también deben considerarse como fundamentales, pues obviamente son las expresión de decisiones basadas en principios que no sólo una comunidad ha adoptado para sí misma, sino casi la totalidad de ellas en el mundo, destacando el derecho a la autodeterminación

El proceso en la protección de datos personales

informativa, que ha tenido mayor relevancia en los últimos tiempos, dados los avances tecnológicos.

Establecido que los derechos de intimidad, honor, identidad personal y autodeterminación informativa, tienen la categoría de derechos fundamentales; luego entonces, su protección debe darse a través de una garantía constitucional¹⁵⁰.

Toda la anterior justificación parecería innecesaria si atendiéramos al contenido de la reforma del artículo 16 constitucional, así como a su proceso legislativo, en donde se trata la protección de los datos personales como un derecho fundamental e incluso se habla de su protección constitucional¹⁵¹; sin embargo, en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, se prevé un procedimiento administrativo para la protección de datos personales, el cual, de acuerdo a lo explicado, no corresponde a tal materia, sino a la constitucional por tratarse de derechos fundamentales, escapando de vista del legislador que los datos por sí mismos no son objeto de protección, sino que lo son los aspectos de la persona que estos pueden vulnerar, como la intimidad, el honor, la identidad personal y la autodeterminación informativa¹⁵².

Ahora, si tales derechos deben considerarse fundamentales y su protección debe llevarse a cabo a través de una garantía constitucional, los tribunales que deben conocer de dichos procesos, deben ser jueces de control constitucional; los

¹⁵⁰ Al respecto, ver Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Colección FUNDAP, 2002, de Héctor Fix Zamudio, capítulo Defensa de la Constitución y Garantías Constitucionales, en donde hace un breve análisis de la evolución de tales figuras y explica porqué las disposiciones fundamentales de la Constitución, deben protegerse a través de las garantías constitucionales.

¹⁵¹ Al respecto, Gozaíni, en Derecho Procesal Constitucional, hábeas data, protección de datos personales, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, p. 386, dice: “La calidad de los derechos a proteger le otorga esa base constitucional que torna el hábeas data como un instrumento procesal irremplazable e incondicionado”.

¹⁵² En una opinión convergente y en crítica a los legisladores españoles al regular el hábeas data en aquél país, Lucrecio Rebollo Delgado, en “Derechos fundamentales y protección de datos” Dykinson, S.L. Madrid, 2004, opina: “No cabe duda, que el constituyente perdió una magnífica oportunidad de una ex novo y original regulación al respecto del tratamiento automatizado de datos. Significativo de lo manifestado, es el distinto enclave constitucional de los dos artículos citados. Por una parte, el artículo 18.4, se inserta dentro del núcleo dogmático de la Constitución (sección primera del capítulo segundo del título primero) correspondiéndole por tanto, el mayor grado de protección. Por el contrario, el contenido de mayor virtualidad, en el ámbito de salvaguarda de los datos, es decir el art. 105.b, se sitúa en la parte orgánica de la CE, quedando con ello difuminados sus elementos garantizadores y protectores. Con todo, el reconocimiento constitucional que es leve e inconcreto, queda pendiente de una normativa posterior, que a pesar de ser orgánica, en virtud del art. 81 del propio texto, queda apartada del carácter constitucional. Ésta cita, aun cuando se repite en el número 25 del capítulo II, se considera necesaria su inserción en el presente apartado.

El proceso en la protección de datos personales

cuales, de acuerdo a la interpretación de los artículos 94, 103, 104, 105 y 107, de la Constitución Mexicana, así como de los artículos 1°, 10, 29, 37, 48, 51, 52, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y al sistema judicial mixto¹⁵³ instaurado en el país, los órganos pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, esto es, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito, los Tribunales Unitarios y los Jueces de Distrito, en sus respectivas competencias; ya que es a ellos a quienes compete conocer de los medios de control constitucional que existen actualmente.

Finalmente, en cuanto al tema de la competencia, cabe destacar que el hecho de que en el apartado relativo a la legitimación se haya incluido a personas privadas físicas y morales, no limita o constituye un obstáculo para la determinación de que debe ser a través de una garantía constitucional por la que deben protegerse los datos personales; pues aun cuando tal supuesto resulta contrario a la tradición jurídica mexicana, en la cual no existe alguna garantía constitucional que se pueda instaurar contra personas privadas, la doctrina y las legislaciones en otras latitudes han superado con creces el que podría parecer un impedimento para instar una pretensión constitucional ante un particular¹⁵⁴.

b. Legitimación (el tema se abordó en el apartado anterior).

c. Formalidades (de la demanda)

Mas que un tema procesal, el presente pudiera resultar uno de carácter forense, pues se centra en el señalamiento de los requisitos que debe cumplir una demanda en la que se instaure la protección de datos personales, de forma, más que de fondo.

Por ello, no pretendo establecer o definir cuáles serían los requisitos que debiera cumplir la demanda, tales como el rubro, la autoridad a que se dirige, nombre y personalidad del promovente, del demandado, domicilio, hechos que

¹⁵³ En relación a los sistemas difuso o americano (judicial review), y austríaco-kelseniano

¹⁵⁴ Ver: La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*) de Pedro de Vega García, en Derecho Procesal Constitucional, editorial Porrúa, cuarta edición, México, 2003, tomo III, p. 2315.

El proceso en la protección de datos personales

sustenten la pretensión, frase final, puntos petitorios, lugar y fecha, firma, idioma¹⁵⁵, etc., pues acerca de los mismos existen múltiples autores que explican mejor cuáles deben ser tales formalidades¹⁵⁶; sino que prefiero detenerme y explotar dos en particular, que desde mi punto de vista, merecen especial atención tratándose de la protección de datos personales, tales como la posibilidad real de promover la misma por vías distintas a la escrita tradicional y la identificación necesaria del promovente ante la autoridad.

Una tradición muy arraigada ha hecho que en México, al igual que en los demás países hispanoamericanos, prevalezca la forma escrita;¹⁵⁷ sin embargo, en la actualidad, la amenaza hacia los derechos que protege el hábeas data, provienen, principalmente, de los instrumentos tecnológicos, sobre todo los sistemas computacionales, la red de Internet, las transmisiones satelitales, telefonía móvil, etc., por lo cual, debe ser a través de las mismas herramientas que se deben tratar de controvertir y combatir los actos que pongan en peligro los derechos de las personas a través de la manipulación de sus datos¹⁵⁸. Por ello se propone la posibilidad de que, además de seguir el sistema escrito, pueda instaurarse la protección de datos personales mediante otras vías¹⁵⁹ (a especificarse en la legislación relativa) lo cual acercaría el acceso a la justicia, la

¹⁵⁵ Al respecto, ver Carlos Arellano García, *Teoría General del Proceso*, editorial Porrúa, 16ª. edición, México, 2007, capítulo II.

¹⁵⁶ Osvaldo Alfredo Gozaíni, en *Derecho Procesal Constitucional, hábeas data, protección de datos personales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. p. 425, dice: La demanda, debe reunir mínimamente: a) Nombre, apellido y domicilio –real y constituido– de la persona que reclama; b) individualización del archivo público o privado, indicando su domicilio; c) la relación circunstanciada de los hechos que fundan la pretensión, de acuerdo con los motivos que impulsan el planteo (acceso o control); d) la pretensión claramente expuesta (acceso, actualización, supresión, confidencialidad, etc. y; la petición en términos claros y positivos.

¹⁵⁷ José Ovalle Favela, en *Teoría General del Proceso*, editorial Oxford, sexta edición, pp. 286, destaca como consecuencias negativas de tal tradición escrita: mediación, en lugar de inmediatez; separación del proceso en etapas preclusivas, en vez de concentración de los actos procesales; valoración tasada de las pruebas, en lugar de libre valoración razonada o sana crítica, etc.

¹⁵⁸ Ejemplo de la posibilidad viable de la comunicación digital, lo es el acuerdo 75/2008 (así como los diversos 23, 24 y 25/2009, que lo reforman) del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal (México), por el que se crean Juzgados Penales Federales, especializados en cateos, arraigos e intervención en comunicaciones; en los que se prevé como medio de comunicación los sistemas informáticos, a través de los cuales se hacen llegar las peticiones respectivas, por los medios electrónicos, así como el uso de una firma digital.

¹⁵⁹ Como sucede en Argentina, ver inciso II, del capítulo II.

El proceso en la protección de datos personales

facilitaría y haría más ágil, sobre todo en lugares en los que no existan jueces de distrito o las autoridades que deban conocer de dicha pretensión¹⁶⁰.

El otro tema que interesa en el presente apartado, es la necesidad de que la autoridad que conozca del proceso, verifique la identidad del promovente, debiendo comparecer ante ella la persona física que pretenda instaurar la pretensión en un plazo razonable, o bien acreditar de manera fehaciente que efectivamente quien promueve es quien dice ser. En tanto que tratándose de las personas morales, tal situación queda subsumida en la acreditación de la personalidad del apoderado o representante de la misma. Debiéndose cuidar que tal exigencia no haga nugatoria la posibilidad de acceder vía electrónica u otra alterna¹⁶¹.

Lo anterior, no resulta un requisito menor o meramente formal, pues de no preverse, implica la posibilidad de que cualquier persona, utilizando cualquier nombre, pueda acceder vía jurisdiccional a los datos de otras personas; ya que cuando se promueve “en nombre propio” en vías como la civil o administrativa, o el juicio de amparo, las legislaciones respectivas no exigen que se acredite que se es quien se dice ser; lo cual, más que beneficiar a la protección de datos, le perjudicaría.

III. Del procedimiento

Son los presupuestos que deben cumplirse una vez admitida la demanda o denuncia por el juez e iniciada la etapa preliminar del proceso, con miras a constituir la relación jurídica procesal y de que aquél continúe su curso,

¹⁶⁰ Al respecto la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares da un gran avance, pues en su artículo 46, establece la posibilidad de que se promueva vía sistema electrónico, sin embargo, lo limita a que ello se realice a través de los formatos proporcionados por el IFAI.

¹⁶¹ Oscar R. Puccinelli, en Protección de Datos de Carácter Personal, editorial Astrea, Bs. As. 2004, p. 276, opina al respecto: En cuanto a la forma de acreditar la identidad del solicitante –que debe ser celosamente constatada por el registro público o privado que proporcionará la información requerida a fin de no violar las disposiciones de esta ley-, puede llevar a complicaciones, en especial si consideramos que el art. 15, ap. 3, dispone que la información “a opción del titular, podrá suministrarse por escrito, por medios electrónicos, telefónicos, de imagen, u otro idóneo a tal fin”. Una interpretación en extremo rigurosa de este rachado (sic) podría entonces obstruir la obtención de dicha información *on line*; y en muchos casos, cuando el registro se halle a una distancia considerable y no esté conectado en redes interjurisdiccionales (por usar la terminología de la ley), podría lisa y llanamente impedir su ejercicio. Por tal motivo, más allá de lo dispuesto por la reglamentación, entendemos que el titular de los datos puede escoger determinados medios que otorguen certeza a su identidad sin necesidad de presentarse personalmente ante el responsable o usuario.

El proceso en la protección de datos personales

desenvolviendo y realizando las distintas etapas que la ley ha señalado como necesarias para que se llegue a la sentencia final. Son presupuestos de esta clase los siguientes: 1) La práctica de ciertas medidas preventivas; 2) Tratándose de procesos contenciosos, con demandados ciertos o inciertos, la citación o emplazamiento o los demandados; 3) Las citaciones y emplazamientos a terceros; 4) La no caducidad o perención de la instancia o del proceso; 5) El cumplimiento de los trámites procesales; 6) El seguir la clase de proceso que corresponda y 7) La ausencia de causa de nulidad en el curso del proceso.

De los presupuestos señalados por el autor cuya exposición se sigue, retomaremos por lo que interesan a la figura que se analiza, la práctica de medidas preventivas y la clase de proceso que debe seguirse; ya que el resto se refieren a presupuestos o formalidades procesales respecto de las cuales existen amplios y mas profundos criterios definitorios.

a. Vías previas

Al revisar los sistemas judiciales de Argentina, Perú y España, se destacó que en los dos primeros países, las vías previas consistentes, básicamente, en pedir ante el responsable de la base de datos el acceso, rectificación, cancelación u oposición, deben agotarse necesariamente y de manera previa al ejercicio del hábeas data ante las autoridades judiciales, además de que deben acreditar haberlo hecho. Por el contrario, en España no se prevé que se deba agotar ninguna instancia antes de acudir ante la autoridad administrativa.

En la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, se prevé también como requisito previo a la instauración del procedimiento administrativo, el que el titular de los datos ejerza ante el responsable de la base de datos, sus derechos ARCO; pues su artículo 45 así lo prevé, ya que estipula, en principio, que la solicitud de protección de datos, debe presentarse ante el IFAI, quince días después de la respuesta que le haya dado el responsable o una vez vencido el plazo para ello; asimismo, señala en su segundo párrafo, que bastará que el titular acompañe la solicitud que presentó ante el responsable, para instar el procedimiento administrativo. El que no se presente la

El proceso en la protección de datos personales

reclamación ante los responsables de las bases de datos, si bien en los artículos 52 y 53 no se prevé como una causa explícita de improcedencia o sobreseimiento, debe entenderse que lo es, pues como se dijo, se establece como requisito de la pretensión relativa.

Veamos ahora la conveniencia o inconvenientes de estas vías previas.

Al hablar de una vía previa, en la que se evita la necesidad de llegar al proceso ante una autoridad, se trae a colación uno de los equivalentes jurisdiccionales a que aludía Carnelutti, que es la autocomposición, la cual, en palabras de Alcalá-Zamora¹⁶², más que un equivalente, resulta un excluyente de la jurisdicción.

La autocomposición, dice Cipriano Gómez Lara¹⁶³, *“surge de la evolución humana porque hay en ella un alejamiento del primitivismo y de la animalidad. En la autocomposición, al encontrar las propias partes en conflicto la solución de éste, ya sea a través del pacto, de la renuncia o del reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria, resulta que aquéllas están ya ante una forma altruista, más humanizada de solución de esos conflictos”*.¹⁶⁴

En la autocomposición, las partes en conflicto llegan a un acuerdo, convenio o pacto, sin la necesidad de llegar ante la autoridad judicial, lo que trae como beneficios un menor costo para las partes y un menor número de juicios para el Estado (con todo lo que ello conlleva) por nombrar algunos.

Ahora, veamos los inconvenientes que trae aparejada la exigencia de agotar una vía previa, sobre todo cuando las partes contendientes son particulares.

En principio, ¿cuál sería la forma mediante la cual el titular de los datos requeriría al responsable de la base de datos? Tal pregunta, surge ante la

¹⁶² Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, segunda edición, número 44, UNAM, México, 1970, pp.73-75.

¹⁶³ Cipriano Gómez Lara, *Teoría General del Proceso*, décima edición, editorial Oxford University Press, México, 2005, p. 11.

¹⁶⁴ Al respecto, Gozaíni, en *Derecho Procesal Constitucional, hábeas data, protección de datos personales*, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, p. 394, opina: “De este modo se persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa. La mediación no está en la órbita de estos condicionamientos; parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo a la manifestación de deseos original; el mediador no es absolutamente neutral, o al menos, lo es desde una posición diferente. En esta corriente, el resultado es lo que menos interesa por estar elevado el sentido humanista del encuentro que pretende quebrar rigideces para acercar puntos de reflexión coincidentes”.

El proceso en la protección de datos personales

necesidad de acreditar dicha circunstancia ante la autoridad que conozca del juicio, pues si no se tuviera que acreditar, entonces sería innecesario como requisito. Luego, ¿debe ser a través de un Notario o Corredor Público? Lo anterior implicaría una erogación económica, lo cual se traduciría en un impedimento para aquellas personas que no tuviesen los recursos suficientes para costear tales gastos o una instancia anterior¹⁶⁵.

El anterior problema, no lo es tanto cuando se trata de los organismos que pertenecen a la administración pública, pues regularmente en las dependencias de gobierno se cuenta con “oficialías de partes” u “oficinas de correspondencia” que tienen como función recibir la documentación que vaya dirigida a la autoridad, por lo que el acuse con sello de recibido de las mismas, resultaría un forma fiable de que ésta recibió la solicitud o el requerimiento del particular en cuanto a la protección de sus datos personales.

El otro inconveniente que se advierte (sin que quiera decir que sea el único) y que resulta de mayor trascendencia, radicaría en justificar la legalidad de dicha medida previa, pues ésta contrariaría el contenido del artículo 17 constitucional, e el que se establece: *“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”*; ya que resultaría un impedimento para el acceso a la impartición de justicia a que alude el párrafo transcrito¹⁶⁶.

¹⁶⁵ En la página web del Servicio Postal Mexicano: <http://www.sepomex.gob.mx>, existe un apartado denominado “registrado”, que se define como un servicio complementario, mediante el cual se asigna un número de control a cada pieza postal, lo que permite su seguimiento hasta la entrega al destinatario, para entregar a cualquier persona que se encuentre en el domicilio y cuyo costo es de \$9.00 m.n. Asimismo, existe otro apartado que se denomina “acuse de recibo” el cual se define como un servicio complementario del registrado y que consiste en recabar, en una forma especial, la firma del destinatario o de quien recibe la pieza, a efecto de devolverlo al remitente como constancia de su entrega, y el cual tiene un costo de \$15.00 m.n.; servicios que como se ve son muy asequibles para cualquier persona y que resultarían una opción bastante viable, dada la pertenencia del organismo a la administración pública y su presumible fiabilidad.

¹⁶⁶ Mario Masciotra, en *El hábeas data, la garantía polifuncional*, librería editora Plantense, La Plata 2003, p. 391-392, a propósito de la ley argentina que exige agotar la vía previa, critica: “Tanto el Tribunal como los tribunales inferiores han sostenido en forma unánime que las garantías individuales insertas en la Ley Fundamental son operativas, existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. Si bien es cierto que los derechos y garantías prescriptos en la Constitución Nacional están en principio sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, no

El proceso en la protección de datos personales

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en casos similares¹⁶⁷, y ha determinado que las disposiciones que establecen un recurso o medio de defensa administrativo previo al ejercicio de la acción judicial, son inconstitucionales, pues condicionan de forma injustificada el acceso efectivo a la justicia previsto por el artículo 17 constitucional; por ello, la exigencia prevista en el artículo 45 de la reciente Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, de acuerdo a tal criterio, adolecería de tal vicio.

Luego, sería recomendable que la ley previera que el titular de los datos pudiera optar entre agotar la vía previa o no, de acuerdo a sus intereses, y no establecerlo como un requisito de procedencia.

b. Proceso a seguir

El presente apartado, encuentra amplia explicación en aquél en que se analizó la competencia, y en el que hubo necesidad de establecer la materia a que pertenece la protección de datos personales, pues no se podría establecer cuáles serían los órganos jurisdiccionales que deberían conocer del proceso correspondiente, si no se estableciera antes cuál es el proceso relativo; por lo cual, aquí sólo cabe recordar que en virtud de que los derechos que son objeto de protección, entran en la categoría de fundamentales, el instrumento de protección debe ser una garantía constitucional y, por ende, el proceso es constitucional, y no, como se prevé en lugares como España o en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, un procedimiento administrativo.

es menos cierto que el poder legislativo, por vía de reglamentación de un derecho de clara raigambre constitucional, no puede nunca limitarlo o cercenarlo, por cuanto ello implica una clara vulneración del espíritu y la letra de Nuestra Carta Magna, que cualquier juez de la Nación se halla obligado a respetarla.

¹⁶⁷ Registro No. 188737, Rubro: SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 295 DE LA LEY RELATIVA QUE ESTABLECE A CARGO DE LOS ASEGURADOS Y SUS BENEFICIARIOS LA OBLIGACIÓN DE AGOTAR EL RECURSO DE INCONFORMIDAD, ANTES DE ACUDIR A LA JUNTA FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE A RECLAMAR ALGUNA DE LAS PRESTACIONES PREVISTAS EN EL PROPIO ORDENAMIENTO, TRANSGREDE EL DERECHO AL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA GARANTIZADO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XIV, Septiembre de 2001; Pág. 7; [J].

3. Medidas cautelares

I. Aspectos generales¹⁶⁸

Calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, como motivo de la tramitación de un proceso¹⁶⁹.

Tres son los presupuestos de las medidas cautelares (y, por consiguiente, de las pretensiones del mismo nombre): 1) La verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal; 2) El peligro en la demora, o temor fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlos; 3) La prestación de una contracautela por parte del sujeto activo.

1) Verosimilitud o apariencia del derecho (*fumus bonis juris*).- Para que se conceda una medida cautelar no se requiere de un estudio exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento superficial, pues la certeza aparecerá ulteriormente en la sentencia. No se requiere prueba plena y concluyente, sino un acreditamiento para que se emita la providencia cautelar.

2) Peligro en la demora (*periculum in mora*).- Se debe exponer una objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro de ese derecho invocado por el demandante. Si no se concede la medida cautelar, el demandado puede aprovecharse maliciosamente de la duración del proceso. No basta el simple temor del solicitante, sino que debe derivar de hechos que puedan ser apreciados en sus posibles consecuencias por el juez¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Resumen del análisis a Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares, traducción de Sentis Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945.

¹⁶⁹ Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México 2004, tomo I-O, p. 2484.

¹⁷⁰ Sobre el tema de apariencia del buen derecho y peligro en la demora, ver la jurisprudencia cuyos datos de localización y rubro son: Registro No. [200136](#), Rubro: SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO. Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; III, Abril de 1996; Pág. 16; [J].

El proceso en la protección de datos personales

3.- Contracautela.- Es la garantía que debe prestar el solicitante de la medida cautelar, en caso que produzca daños y perjuicios al afectado, que puede ser el demandado o un tercero.

Las características de las medidas o providencias cautelares son: a) Instrumentalidad, b) Sumariedad, c) Provisionalidad, d) Flexibilidad o variabilidad y e) Reserva.

Instrumentalidad.- Las medidas cautelares son instrumentales por cuanto no tienen fin en sí mismas sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen, y, a la vez, aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse. Las medidas cautelares carecen de autonomía.

Sumariedad.- La superficialidad de la cognición judicial configura una característica propia y exclusiva de los procesos cautelares, pues no existe un juicio de certeza, sino de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho delegado o discutido en el proceso principal. Se tramita en cuaderno aparte.

No es menester la prueba plena de la existencia del derecho, sino su verosimilitud comprobada de forma rápida.

Provisionalidad.- Las medidas cautelares no son definitivas y terminan con la sentencia consentida y ejecutoriada, y lo que resta es la ejecución de la sentencia, en la que se puede subastar el bien afectado en la medida cautelar. Se habla también de provisionalidad del proceso cautelar con referencia al hecho de que las medidas que en él se decretan conservan su eficacia en tanto se mantenga la situación fáctica que los sustenta.

Flexibilidad o variabilidad.- De acuerdo a las circunstancias del caso se puede solicitar la modificación de la medida cautelar. No hay cosa juzgada en las medidas cautelares.

Reserva.- Las medidas cautelares se conceden *inaudita parte*, es decir, que ellas se notifican al afectado una vez que ellas se han ejecutado. Ello es lógico, pues caso contrario la medida cautelar carecería de eficacia.

Como un último aspecto general que merece ser señalado, es la clasificación de las medidas cautelares. Por su pragmatismo, acudo a aquella que hace Gutiérrez De Cabides, la cual tiene importancia para discernir el tipo de ejecución

El proceso en la protección de datos personales

que amerita la medida precautoria relativa: "*Desde un punto de vista teórico — dice— se pueden clasificar las medidas cautelares atendiendo a que la obligación sea; 1) De dar cosa genérica (dinero); 2) De dar cosa específica: 2.1.) Mueble; 2.2) Inmueble; 3) De Hacer; 4) De no hacer*"¹⁷¹.

Mención aparte merece la medida cautelar denominada suspensión en la Ley de Amparo¹⁷², dada su importancia, efectividad y análisis amplio y exhaustivo tanto por la doctrina, como por los órganos del Poder Judicial de la Federación vía tesis y jurisprudencias; mención y análisis que resulta indispensable para poder llegar a establecer cuál o cuáles son las medidas que en materia de protección de datos personales pueden resultar efectivas.

Así, tenemos que el artículo 122 de la Ley de Amparo dispone que en los casos de la competencia de los jueces de Distrito, esto es, en el amparo indirecto, la suspensión del acto reclamado se decretará: a) de oficio o b) a petición de la parte agraviada.

La suspensión de oficio, como su nombre lo indica, no requiere petición de parte, de tal suerte que puede o no pedirse en la demanda, la solicitud que a ese respecto haga la parte quejosa es intrascendente, si se tiene en cuenta que el juez de Distrito decidirá de acuerdo a las características del acto reclamado, de ahí que si procede suspenderá el acto en forma oficiosa, aunque no medie petición.

¹⁷¹ La clasificación que hace Calamandrei en su citada obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, comprende cuatro grupos. a) El primer grupo es el de las "providencias instructorias anticipadas", con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno. b) El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. c) Constituyen el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. d) Merecen ser tratadas como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.

¹⁷² Exposición tomada, aunque no de manera literal, de Juan Ramón Rodríguez Minaya, La suspensión en el juicio de amparo, cuaderno de trabajo 3, editorial Porrúa, tercera edición, México 2008, pp. 3-15, dada su sistematización.

El proceso en la protección de datos personales

Cuando procede la suspensión de oficio, se “decretará de plano”, lo que quiere decir sin sustanciación de un procedimiento incidental. La suspensión de oficio decretada de plano puede tener efectos provisionales y definitivos. Tiene carácter definitivo¹⁷³ porque la suspensión subsistirá hasta el dictado de la sentencia ejecutoria en el juicio de garantías, a menos que se modifique o revoque por la vía incidental correspondiente.

Dependiendo del acto de que se trate, los efectos¹⁷⁴ serán distintos, así: Respecto de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación, destierro, o de los prohibidos por el artículo 22 Constitucional, los efectos serán que cesen los actos que se reclamen; en cambio, tratándose de actos que si llegaren a consumarse harían físicamente imposible restituir al quejoso o aquellos actos que tengan por efecto la privación de derechos agrarios, los efectos consistirán en ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, con las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados.

Por exclusión, si no se trata de actos respecto de los cuales debe concederse la suspensión en forma oficiosa en términos de los artículos 123 y 233 de la Ley de Amparo, solamente se resolverá sobre la suspensión si existe petición de parte. El objeto de la medida cautelar en comento, no solamente es conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio, también es “evitar al agraviado, durante la tramitación del juicio constitucional, los perjuicios que la ejecución del acto que reclama pudiera ocasionarle”. La petición de suspensión de los actos reclamados puede realizarse en el escrito de demanda o con posterioridad, mientras no se dicte sentencia ejecutoria.

A diferencia de la suspensión de oficio que se resuelve de plano en el principal, la suspensión a petición de parte requiere la tramitación de un procedimiento incidental por separado. Por tanto, en el expediente del juicio de

¹⁷³ Caso excepcional en cuanto a las características de las medidas cautelares, justificado por su relación con los actos materia de suspensión.

¹⁷⁴ El estudio cuya exposición se sigue, omite precisar que de acuerdo al último párrafo del artículo 123 de la Ley de Amparo, la suspensión procede contra actos que “directamente” pongan en peligro alguno de los bienes o permitan se lleve a cabo alguno de los actos que prevé, esto es, no puede proceder la suspensión de oficio, contra actos que de manera indirecta o subsidiaria pudieran llegar a poner en peligro la vida o permitan alguno de los actos prohibidos por el 22 constitucional.

El proceso en la protección de datos personales

amparo indirecto se ordena la apertura del incidente por cuerda separada y duplicado.

La suspensión a petición de parte da lugar a que se provea sobre la suspensión provisional en el primer auto que se dicte en el procedimiento incidental, denominación que responde a que sólo surte efectos en forma temporal hasta que se dicte la resolución sobre la suspensión definitiva.

Una vez acordado lo anterior, se debe proveer sobre la suspensión provisional, la cual puede concederse o negarse, en su totalidad o en forma parcial, y en la que se tendrán que tomar en cuenta las siguientes cuestiones: a) la presunción de existencia de los actos reclamados, b) requisitos de procedencia, c) los efectos, d) requisitos para que continúe surtiendo efectos, e) las consecuencias de la violación a la suspensión y f) la especificación de los casos en que no surtirá efectos.

Para que proceda conceder la suspensión provisional del acto reclamado se requiere tomar en cuenta los siguientes elementos: 1) que el acto reclamado de acuerdo a la naturaleza sea susceptible de suspenderse (existentes, inminente, de autoridad, positivos, prohibitivos, negativos con efectos positivos, sin consumir, de tracto sucesivo, continuados o continuos), 2) que exista la solicitud del agraviado (interés jurídico indiciario)¹⁷⁵, 3) que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público, 4) que exista peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios para el quejoso y 5) que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

El artículo 131 de la Ley de Amparo dispone que en la audiencia el juez podrá recibir ciertas pruebas, que se oirán alegatos y se resolverá, de ahí que puede indicarse que la audiencia se compone de tres períodos, prueba, alegatos y resolución.

¹⁷⁵ Nota del autor que se sigue: “En este punto es necesario aclarar que existen actos que por su vinculación natural con el quejoso no requieren prueba del interés jurídico, como la privación de la libertad del promovente; en cambio, existen otros actos en los que de su sola mención no se deriva una vinculación con el peticionario de amparo, como los relacionados con afectaciones a la propiedad o posesión, supuestos en los que sí debe probarse dicho interés en obtener la medida cautelar para el caso de la suspensión provisional, cuando menos en forma indiciaria”.

El proceso en la protección de datos personales

En las consideraciones de la suspensión definitiva, deben analizarse los mismos que aquellos relativos a la suspensión provisional, con la diferencia de que al resolver en definitiva, ya no solo se cuenta con la petición del quejoso, sino con los informes previos de las autoridades responsables y, en su caso, con las pruebas aportadas por las partes.

II. Medidas cautelares en la protección de datos personales

Como antes se señaló, son presupuestos de las medidas cautelares, el peligro en la demora, la apariencia del buen derecho y el otorgamiento de una contra-garantía.

Así también, se puntualizó como características de éstas, lo sumario de su trámite, la reserva de las mismas a fin de darles efectividad, su carácter provisional ya que no resultan definitivas, su instrumentalidad en cuanto a que no resultan autónomas del proceso en el que se decretan y su flexibilidad, ya que pueden modificarse, e incluso cancelarse.

Asimismo, se señaló como una clasificación pragmática, aquella que las divide en: obligación de dar algo genérico, de dar algo específico, de hacer y de no hacer.

El anterior marco conceptual, nos sirve para delimitar y establecer cuál o cuáles deben ser las características o forma que deben tener las medidas cautelares, tratándose de protección de datos personales; pero además, debemos de tomar en cuenta el criterio uniforme, tanto de la doctrina, como de los criterios judiciales, que la materia u objeto de la medida cautelar, no debe coincidir con el de la demanda, ya que se corre el riesgo de violentar los derechos del tercero sin su audiencia, lo cual debe ser valorado al decretarse o negarse la medida cautelar, ante la inminencia o riesgo de un daño irreparable.

Tratándose de la protección de datos personales, la obtención de una medida cautelar cobra mayor trascendencia dados los derechos que protege, así, explican Scalvini y Leiva¹⁷⁶, *“la amenaza de un agravio serio a la intimidad reclama y*

¹⁷⁶ Elda Scalvini y Claudio Leiva, Las medidas precautorias y la tutela procesal efectiva del derecho a la intimidad, en Derecho a la Información, hábeas data e internet, Juan F. Armagnague (director) María B. Ábalos y Olga P. Arrabal de Canals (coordinadoras), ediciones La Roca, Bs. As. 2002, p. 240 y 252.

El proceso en la protección de datos personales

justifica la aplicación razonable de medidas judiciales preventivas cautelares y definitivas –en especial prohibiciones judiciales de publicar-, intentando evitar un daño directo, grave e irreparable a este preciado bien jurídico. En una materia donde, como en pocas, es más importante evitar el daño que repararlo, se pone así en manos del justiciable la posibilidad de impetrar la única herramienta jurídica eficaz –la prevención judicial- para que sea tutelado el primer deber que engendra y reclama el derecho a la intimidad: ser respetado, no sufrir agravios, poder ser pacíficamente gozado y disfrutado...”

“...Si se viola la intimidad de una persona, el daño ya se ocasionó; la lesión a este bien jurídico protegido, tan vinculado con la esencia misma de la persona humana, ya se consumó, y violada esta esfera el desenvolvimiento de la personalidad del hombre, allí donde se reserva lo más personal, y propio de cada uno, no hay vuelta atrás...”

Ahora, para poder establecer la efectividad de las medidas cautelares tratándose de ésta figura, también debe tenerse en cuenta que éstas se tomarán respecto de las bases de datos, es decir, respecto del *conjunto organizado de informaciones que han sido objeto de tratamiento o data mining que permite realizar entrecruzamientos y prospecciones para interpretar los datos almacenados*¹⁷⁷; los cuales pueden ser manuales o informáticos, ya que el alcance de la protección no debe depender de las técnicas utilizadas, pues lo contrario daría lugar a riesgos graves de elusión, como lo señala Gozaíni.

Para este autor, las medidas que pueden ser tomadas, son el bloqueo de información o el deber de anunciar la calidad controvertida de la información (anotaciones), es decir, debe lograrse una medida innovativa en tanto la pretensión es evitar que se difunda el dato. Para Scavini y Leiva, lo importante estriba en la necesidad de buscar un remedio “*ex ante*” y no “*a posteriori*”; en tanto que para Masciotra, además de las medidas específicas (que se asiente que la información cuestionada se halla sometida a un proceso judicial y la suspensión de la difusión y cesión a terceros) es preciso adoptar una previsión general que en

¹⁷⁷ Osvaldo Alfredo Gozaíni, en Derecho Procesal Constitucional, hábeas data, protección de datos personales, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, p. 135.

El proceso en la protección de datos personales

forma flexible asegure tal posibilidad, que aparezca como más idónea o apta para asegurar provisionalmente el derecho invocado. Otros autores, como Palazzi o Puccinelli, coinciden en la prohibición de difusión y la anotación en el sentido de que el registro se encuentra sometido a juicio.

Atendiendo a estos puntos de vista, se advierte una noción consensuada respecto a qué debe conseguir la medida cautelar en el proceso de protección de datos personales; sin embargo, caben destacarse tres aspectos a los que primordialmente se debe atender: uno, la naturaleza de los derechos objeto de protección del hábeas data, dos, que los sujetos de tales medidas son bases de datos, con fines de difusión o cesión a terceros y tres, que con la medida cautelar se busca una tutela procesal efectiva que permita dar y robustecer el contenido de la figura protectora de los datos personales.

Por ello, coincidiendo con Masciotra, y nuevamente retomando la directriz que ha permeado este trabajo, considero que no puede limitarse la instauración de una medida en particular, o hacer un listado de las que se puedan solicitar en el proceso relativo; sino que debe preverse la posibilidad de una o varias medidas genéricas, en las cuales, dependiendo del derecho que se trate de proteger, pueda considerarse la adecuada para cada caso.

Así, en los casos que se trate de proteger la intimidad u honor de una persona, porque se considere que el dato contenido en la base de datos resulta discriminatorio, peyorativo o denostante; me parece que la única medida que lograría la finalidad de protección cautelar, será la del bloqueo del o los datos que se consideren lesivos de los derechos, esto es, que no se permita la difusión o el acceso por parte de terceros a los datos del promovente. En el caso de que se ejerza el derecho al acceso a una base de datos, la medida podría ser, que si la base de datos relativa contiene algún dato del promovente, este no sea difundido ni dado a conocer, sino y hasta en tanto el promovente tenga conocimiento de cuáles datos son los que se contienen, si otorgó su consentimiento, si son sensibles, etc., y será en este momento que podrá solicitar, en su caso, otro tipo de medida. Si se pidiera la rectificación de un dato, por considerarse erróneo, la medida podría consistir en solicitar que éste no se difunda, o bien que se

El proceso en la protección de datos personales

suspenda su difusión hasta en tanto no se acredite su carácter erróneo, o se acredite que es un dato correcto. Por otra parte, medidas tales como la anotación marginal en el registro, no podrían cumplir cabalmente, en todos los casos, con la finalidad que se propone, que es, exponer un aspecto de la intimidad, identidad u honor de la persona, pues la anotación en el registro de que el mismo se encuentra en proceso judicial, no impediría que terceros conocieran los aspectos que se puedan considerar como vulneradores de los derechos del titular de los datos, pero sí podría servir, por ejemplo, para el caso de un dato no sensible, que fuera incorrecto.

Podría poner más ejemplos, sin embargo, lo que pretendo destacar, es que estos convergen en que para salvaguardar los derechos relativos o que protege el hábeas data, la medida más eficaz resulta ser el bloqueo de los datos que se hallen en la base (y no el bloqueo de toda la base), para su no difusión o acceso por parte de terceros, hasta en tanto no se decida el juicio en lo principal, y que ésta (retomando aspectos de la suspensión en el juicio de amparo) pudiera decretarse de oficio en los casos en que atentara directamente contra alguno de los derechos que no fuera posible que se repararan posteriormente, o bien a petición de parte, en aquellos casos en que la naturaleza de la afectación no fuera tan relevante, además de la necesidad del análisis preliminar de la apariencia del buen derecho y peligro en la demora para poder decretarla, así como cuestiones particulares de procedencia dependiendo de que tipo de acto sea; al igual que la pertinencia de que pueda decretarse una medida provisional, basada en la sola demanda y documentos que se anexen a ella, y posteriormente, una vez rendido un informe o contestación previos por parte del demandado, decidir respecto de la medida, de manera definitiva, cuando ya se cuenta con mayores elementos que doten de certeza la determinación tomada.

Como últimos apuntes, debe destacarse, primero, que una medida que no se podría solicitar, sería la supresión de los datos, en cualquiera de los casos, pues además de que ésta coincidiría con la pretensión principal, podría afectar irreparablemente derechos de terceros (por su utilización de manera fraudulenta) y, segundo, que el recurso que se previera contra alguna de las medidas que se

El proceso en la protección de datos personales

decretaran, no podría tener por efecto suspender los efectos de la medida, pues haría nugatorio el fin perseguido por las medidas, que es la de hacer efectiva la tutela, de manera precautoria o preliminar¹⁷⁸.

4. Proceso

El artículo 14 Constitucional prevé que en todo juicio deben cumplirse las formalidades esenciales del procedimiento.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido que por formalidades del procedimiento, debe entenderse como aquellas que garantizan una adecuada y oportuna defensa, previa al acto privativo¹⁷⁹.

Así también, estableció que de manera genérica tales formalidades se traducen en los siguientes requisitos:

- 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias;
- 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;
- 3) La oportunidad de alegar; y
- 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

De no respetarse estos requisitos, apunta el Tribunal, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

Luego, todo procedimiento, máxime uno relativo a una garantía constitucional, debe prever como mínimo las anteriores etapas, a fin de no dejar en un estado de indefensión a los responsables de las bases de datos, contra los que se puede instaurar la pretensión relativa.

Además, como otros aspectos que deben preverse en la planeación del proceso, son los principios procesales de: 1) economía procesal: resultado de él

¹⁷⁸ Una vez expedida, la medida cautelar urgente tiene que ser inmediatamente efectivizada, ya que si así no fuera, no habría allí “tutela efectiva”. Y si se admite su apelación con efecto suspensivo, parece palmario que no se satisfará tal exigencia constitucional, ya que el tránsito del recurso, y el tiempo necesario para resolverlo, podrá generar allí un gravamen irreparable. Néstor Pedro Sagües, *La inconstitucionalidad de la concesión con efecto suspensivo de la resolución admisorio de una medida cautelar en el amparo*, citado por Mario Masciotra, *el hábeas data, garantía polifuncional*, Librería Editora Platense, La Plata 2003, p. 593.

¹⁷⁹ Ver la jurisprudencia cuyos datos de identificación son: registro No. 200234, Rubro: FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; II, Diciembre de 1995; Pág. 133; [J].

El proceso en la protección de datos personales

es el rechazo de la demanda que no reúne los requisitos legales, para que al ser corregida desde un principio no vaya a ser la causa de la pérdida de mayores actuaciones; la inadmisibilidad de las prueba inútiles y de incidentes inconducentes o que la ley no permite para el caso; la acumulación de pretensiones para que en un mismo proceso se ventilen varias y evitar, en consecuencia, la necesidad de varios procesos; la restricción de los recursos y otras medidas semejantes y; 2) el de concentración del proceso, que complementa el anterior y tiende a que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad. Para esto, se debe procurar que el proceso se desenvuelva sin solución de continuidad y evitando que las cuestiones accidentales o incidentales entorpezcan el estudio de lo fundamental; lo cual sólo se obtiene restringiendo el derecho de interponer recursos e incidentes de previa definición. Igualmente tiende este principio a dejar las cuestiones planteadas, los incidentes, excepciones, peticiones, para ser resueltas simultáneamente en la sentencia, concentrando así el debate judicial¹⁸⁰.

La aplicación de tales principios debe preverse, a fin de que el proceso se limite a la demanda (con pruebas), contestación (con pruebas) y la celebración de una audiencia en la que se desahoguen las probanzas ofrecidas, salvo las que hayan requerido preparación anticipada, la formulación de alegatos y el dictado de la sentencia; estableciéndose para ello plazos perentorios y cortos que no atrasen y hagan inefectiva la garantía constitucional.

I. Demanda.

Además de los presupuestos de la demanda, antes vistos, y de los cuales se destacaron dos aspectos que importan en mayor medida a la demanda relativa a la protección de los datos personales (la posibilidad de formatos distintos al escrito y la identificación del promovente) más importante resulta establecer cuáles son los elementos esenciales que debe contener una demanda de protección de datos personales, pues ésta es el acto procesal mediante el que se formula la

¹⁸⁰ Hernando Devís Echandía, Teoría General del Proceso, editorial Universidad, tercera edición, Bs. As. 2002. pp. 66-67.

El proceso en la protección de datos personales

pretensión, expresando la causa o causas en que intente fundarse, los que, eventual y obligatoriamente, tendrán que probarse si se quiere obtener una sentencia favorable.

Para ello, habremos de retomar que el objeto de protección de la figura que se analiza, son la intimidad, el honor, la identidad personal y la autodeterminación informativa (además de sus múltiples facetas, apuntadas en el capítulo I), y que estas se objetivan a través del ejercicio de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición¹⁸¹); luego, el contenido de la demanda dependerá de cuál de ellos quiere ejercerse, Lo anterior, tiene estrecha relación con lo que la doctrina denomina tipos y subtipos del hábeas data, pues a través de tales clasificaciones se explica mejor cuál es la pretensión que se pretende alcanzar, y por ende, qué es lo que debe contener la demanda. Así, señala Puccinelli¹⁸², existe el hábeas data informativo (con subtipos exhibitorio, finalista y autoral) el aditivo (con subtipos aclaratorio, actualizador e inclusorio) el rectificador o correctivo, el reservador, el exclutorio o cancelatorio y el reparador.

Al respecto, destaca Gozaíni: *“Cada pretensión exige un fundamento distinto, porque haber denegado el acceso supone no conocer los datos personales que eventualmente se han almacenado en el archivo demandado; mientras que la inexactitud requiere prueba del error, la falsedad informativa debe indicar en qué consiste y cómo se quiere demostrar; el dato cuya supresión se formula plantea la verificación de su procedencia y la confidencialidad debe ser justificada”*.

Separando, el ejercicio del derecho de acceso a una base de datos, está relacionado, básicamente, con la protección de los derechos de autodeterminación

¹⁸¹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, en Derecho Procesal Constitucional, hábeas data, protección de datos personales, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, p. 107, establece: “La subjetividad natural que impera en esta potestad de control sobre la base de datos caracteriza, entonces, al derecho emergente (de autodeterminación informativa) como: a) Un derecho individual, previsto para atacar las intromisiones en la intimidad concretadas con un fin específico (en el caso, compilar las acciones para registrarlas en un archivo) b) Un derecho de acceso irrestricto, a excepción de fuentes de información que puedan mantener su secreto por razones de seguridad justificadas (vrg. datos policiales, registros fiscales, etc.) c) Un derecho de requerir la verdad del registro (principio de exactitud y actualidad del dato archivado) o de promover su rectificación o supresión. d) Un derecho de exigencia por el cual se pretende que el titular de la base de datos utilice la información compilada con la finalidad concretar para la que fue autorizado el archivo.

¹⁸² Oscar Raúl Puccinelli, Habeas data en las constituciones indoiberoamericanas, Marco constitucional, jurisprudencias y legal argentino, en “La Defensa de la Intimidad y de los Datos Personales a través del hábeas data”, Osvaldo Alfredo Gozaíni (coordinador) Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As. 2001. pp. 107-113.

El proceso en la protección de datos personales

informativa, por lo cual, los hechos que sustenten la demanda respectiva deberán estar encaminados a establecer de dónde surge la presunción de que el demandado tiene en su base de datos, aquellos relativos a su persona, que se desea, le sean dados a conocer.

El derecho a la rectificación implica, implícitamente, que se está de acuerdo o se da el consentimiento de que se contengan los datos en la base respectiva (además de que para el titular de los datos, el trato de los mismos no afecta su sensibilidad) pero, se persigue, que los datos sean los correctos. Tal derecho, atañe directamente al de identidad personal, y subsidiariamente, a los de intimidad y honor; por tanto, en la demanda se debe establecer cuál o cuáles son los datos erróneos, así como los que se consideran correctos y, dado el caso, explicar porqué lo erróneo del dato afecta el honor o intimidad de la persona.

El ejercicio a la cancelación a que se contengan datos en una base compilatoria, debe considerarse la pretensión más importante de ésta figura, pues protege o puede llegar a proteger todos los derechos que son objeto de la misma. Así también, se encuentra relacionada o tiene como presupuesto, que el titular de los datos considere que se trata de aquellos considerados como sensibles, de ahí la justificación de que sean cancelados; por lo cual, las causas o contenido de la demanda, deben tratar de establecer la razón por la cual se considera que el o los datos son de naturaleza sensible, porqué impactan o tienen una mayor injerencia en su intimidad u honor, porque tienen un carácter potencialmente discriminador, cuál es el trato que el responsable de la base de datos le da o bien cuál es la exposición o trato que él como titular le da; y derivado de ello, establecer el motivo por el que no se pueden contener en la base de datos, aun cuando se haya otorgado el consentimiento.

El ejercicio al derecho de oposición, tiene una fina distinción con el de cancelación, y ambas se excluyen, pues en aquella la solicitud persigue que en la base de datos no se contengan aquellos que resulten que por su naturaleza atacan la sensibilidad del titular en un grado mayor; en tanto que en ésta, si bien es cierto la finalidad pudiera ser la misma, esto es, que no se contengan ciertos datos, la causa es distinta, basada en la falta de observancia de alguno de los

El proceso en la protección de datos personales

principios del tratamiento de datos como el consentimiento, la obtención lícita, la finalidad diversa, o cualquier otra, ya que se partiría de la idea de que los datos no resultan sensibles (pues si no, se pediría la cancelación) pero que aun cuando pudiera llegar a tolerarse su inclusión en una base de datos por no afectar en mayor medida la intimidad u honor, ésta no se tolera por la falta de cumplimiento de algunos de los principios señalados; por ello, las causas que se deben explicar en la demanda, deben tener por objeto el señalar cuál o cuáles son los principios que no se respetan, y las razones por las cuales no se deben contener ciertos datos en una base determinada.

Cabe señalar, que la ampliación de demanda operaría en el caso de ejercer el derecho de acceso a la base de datos, y una vez que se conozca el contenido de la misma; pues en los otros casos, se presupone el conocimiento de las bases respectivas y el sustento de las mismas, y en el caso de que no se conociera el sustento, la ampliación podría operar cuando éste se conociera, durante el proceso.

II. Contestación

Siendo la etapa procesal dentro de la cual la parte demandada produce su respuesta a la petición del actor contenida en su demanda; ello supone el ejercicio de las excepciones y defensas del demandado, encaminadas a sostener la validez del acto que se reclama.

Independientemente de las excepciones que por regla general se pueden oponer en casi cualquier tipo de juicio, como la de incompetencia, falta de personalidad o cosa juzgada¹⁸³, por nombrar algunas, respecto de las cuales no conviene detenerse en el presente estudio, dado que existen más y mejores definiciones que las que aquí se pudieran llegar a establecer; resulta más pertinente señalar cuáles, en específico, son las excepciones o defensas que la

¹⁸³ Como excepciones admisibles, se prevén: a) el reclamo previo administrativo, b) competencia, c) legitimación para obrar, y d) la negativa a suministrar datos. Osvaldo Alfredo Gozaíni, en Derecho Procesal Constitucional, hábeas data, protección de datos personales, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, pp. 450-453.

El proceso en la protección de datos personales

parte contraria del promovente de la pretensión de protección de datos personales, pudiera oponer.

Así, tratándose de la pretensión de acceso a la base de datos, tres pueden ser las posibles respuestas a la demanda: la primera, que no se cuenta con datos del demandante, en cuyo caso, corresponderá al actor probar lo contrario,¹⁸⁴segundo, que sí se cuenta, dentro de la base de datos, con aquellos relativos a la persona, señalando cuáles son estos y porque razón se recabaron, o bien otorgando acceso a la base y, tercero, que sí se cuenta dentro de la base de datos con aquellos del actor, dando las razones por las que no puede otorgarse el acceso (razones de seguridad nacional, salud pública, interés u orden público, etc.).

En el caso de la pretensión de rectificación de datos, dos pueden ser las posibles formas de contestar la demanda, una, aceptando que efectivamente el o los datos tachados de incorrectos, lo son (allanamiento), y otra, controvirtiendo o sosteniendo la veracidad de los mismos, de dónde se obtuvieron, su actualidad, etc.

Tratándose de la contestación contra una demanda en la que se ejerce la cancelación de los datos, igualmente dos pueden ser las vertientes que ésta puede tener, la primera, aceptando que efectivamente los datos son de carácter sensible o que invaden en grado predominante la intimidad u honor del actor (allanamiento) y otra, que resulta de mayor interés, aludiendo que los datos que se contengan no pueden o no son de carácter sensible, que no resultan potencialmente discriminatorios, que el trato que les da no afectan la esfera del actor o que por el trato o exposición que de tales datos hizo el titular no pueden cancelarse de la base de datos.

Finalmente, en el caso de la oposición, la contestación puede ser allanándose a la pretensión del actor, con las consecuencias relativas, o bien, aduciendo que en el tratamiento de los datos se respetaron los principios de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y

¹⁸⁴ Siguiendo el principio probatorio de que quien afirma está obligado a probar.

El proceso en la protección de datos personales

responsabilidad, por lo que no se justifica la oposición que el titular de los datos hace de ellos.

Así también, como una defensa genérica (o más técnicamente, como causa de improcedencia) puede oponerse, como en el caso del ejercicio de acceso a la base de datos, la alusión a razones de seguridad nacional, salud pública, derechos de terceros, interés u orden público, etc. (aunque con los límites que tales defensas implican en el caso de personas privadas); o bien, tratándose de los casos en que el actor sea una persona moral, que ésta no está legitimada para tratar de proteger derechos de intimidad u honor, que la vía no es la adecuada, etc.

El que se declaren fundadas las excepciones, obviamente dependerá de lo razonable de las mismas y de las pruebas que se hayan aportado para soportarlas; asimismo, la falta de contestación de la demanda, como en todos los procesos judiciales, debe tener como consecuencia que se tengan por ciertos los hechos en que se funda la pretensión, con las consecuencias que para el dictado de la sentencia trae tal circunstancia.

III. Pruebas

Para Gozaíni¹⁸⁵, la prueba se fracciona según la pretensión que se pretenda instaurar. Así, sostiene, en la petición dirigida a tomar conocimiento de la información que sospecha se encuentra en una base de datos, la presunción es la fuente donde recurrir. En el hábeas data destinado a actualizar la información se deben aportar los documentos necesarios para producir ese acto innovador para la base de datos. En la rectificación por informaciones inexactas, de igual modo, ha de aportarse la prueba documental pertinente, siendo subsidiaria y eventual la prueba de testigos.

Poco puede agregarse a lo señalado anteriormente; sin embargo, resulta pertinente precisar que tratándose del ejercicio del derecho de acceso, la carga de la prueba, tiene dos vertientes, la primera, si el demandado acepta tener datos del

¹⁸⁵ Osvaldo Alfredo Gozaíni, en Derecho Procesal Constitucional, hábeas data, protección de datos personales, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, pp. 455-456.

El proceso en la protección de datos personales

demandante, pareciera que no debe acreditarse mayor cuestión, sino sólo cuáles son los datos que se contienen, pero en el caso de que se ampliara la demanda, cuestionando el origen de dichos datos, entonces si se tendría que probar de dónde se obtuvieron, bajo qué condiciones, o que se cumplieron con los principios reguladores del tratamiento de datos, no recayendo carga alguna de la prueba para el actor. En cambio, si el demandante niega tener datos del actor, entonces la carga de la prueba para acreditar lo contrario, recaería en éste, pues no se puede obligar a nadie a acreditar cuestiones negativas, y en el caso de acreditarlo, entonces la carga de la prueba se volvería a distribuir como antes se explicó.

Por otra parte, tratándose del ejercicio del derecho de rectificación, las probanzas que se tendrían que ofrecer serían aquellas con las cuáles se acreditara la veracidad del dato que se cuestiona, esto es, el actor tendría que probar que el dato contenido en la base de datos es erróneo, en tanto que el demandante tendría que acreditar que es el correcto.

Como en la demanda y contestación, lo interesante de los medios probatorios tiene relación con el ejercicio de cancelación, pues en éste caso, la litis a probar se centraría en establecer la controversia acerca de lo sensible o no sensible de los datos y para ello, probar circunstancias como la potencialidad discriminatoria del dato, el trato que del mismo hace el responsable y el trato o exposición que del dato hace el titular; a fin de poder establecer de qué tipo de dato se trata y de si es o no susceptible su cancelación.

Asimismo, en la oposición, la tarea del material probatorio deberá servir para establecer si se cumplió o no con los principios que rigen el tratamiento de datos, para lo cual se tendrán que probar cuestiones como cuál es la finalidad de la base de datos y si los datos obtenidos cumplen con la misma, si existió o no consentimiento para la recopilación, si ésta fue lícita, si existe proporcionalidad entre los datos obtenidos y los fines que persigue la base o para los cuales fue creada, etc.

Por otra parte, retomando los principios procesales de economía procesal y concentración del proceso, debemos decir que aun cuando se deben privilegiar estos a fin de hacer el proceso más ágil y efectivo, para lo cual se deben

El proceso en la protección de datos personales

desahogar las pruebas en una sola audiencia y las que requieran preparación previa, mediante plazos perentorios, no debemos olvidar que el privilegio de la agilidad en el proceso, no debe estar por encima del derecho de las partes de ofrecer y desahogar pruebas en el proceso, pues ello llevaría al dictado de una sentencia sin seguirse las formalidades del procedimiento, en el que se haya dado el derecho de una adecuada y oportuna defensa; sin embargo, debe destacarse, como bien apunta Gozaíni¹⁸⁶, que en la mayor parte de las veces el proceso de hábeas data se resolverá sin necesidad de producir prueba, toda vez que la misma está preconstituida.

Como un último aspecto a destacarse en relación con las pruebas, tenemos la posibilidad de que puedan ofrecerse todas aquellas que puedan tener tal finalidad, incluyendo los adelantos científicos a descubrirse (para utilizar las mismas herramientas de que se valen los responsables de las bases de datos) o la prueba confesional tratándose de personas privadas; así como la exclusión de ésta por la arraigada y me parece, justificada, tradición de aceptarse la prueba confesional tratándose de autoridades, sobre todo por dos razones principalmente: una, que no puede dejarse la responsabilidad en que pudiera incurrir el Estado, en manos del particular que lo representa y, dos, porque las autoridades tienen cierta continuidad, lo que no sucede con los titulares de las mismas, lo cual puede acarrear un conflicto de intereses.

Sobra decir que la falta de pruebas, hará que no se tengan por probados los hechos o las excepciones y defensas, según sea el caso.

IV. Medios de comunicación procesal y V. Recursos

Atendiendo a las formalidades del procedimiento que prevé el artículo 14 constitucional, y al no advertirse particularidad alguna respecto de la pretensión o notificaciones en el proceso relativo a la protección de datos personales; el medio de comunicación que interesa es el emplazamiento al juicio, respecto del cual existen múltiples y extensas referencias tanto doctrinales, como jurisprudenciales acerca de los requisitos que debe cumplir, por lo que en el presente estudio sólo

¹⁸⁶ Ídem cita anterior, p. 456.

El proceso en la protección de datos personales

cabe señalar que siendo una garantía constitucional, en el proceso relativo, el juez competente debe cuidar, aun más que en los procesos ordinarios, que se respete el derecho de audiencia de la parte demandada, a fin de que ésta tenga una adecuada y oportuna defensa.

Respecto de los recursos, cabe decir que los mismos deberán ser los menos, estableciéndose uno en el que se pueda impugnar el decreto de las medidas cautelares, recordando que el mismo no podrá tener efectos suspensivos; otro para las cuestiones de procedimiento que afecten de manera predominante la defensa de alguna de las partes, y otro contra la resolución definitiva; cuyos trámites y plazos se ajusten a los principios de economía y concentración procesales.

Finalmente, en cuanto a los incidentes, la procedencia de los mismos se deberá limitar, atendiendo nuevamente a los principios antes señalados, a aquél en que se tramite la o las medidas cautelares; debiendo procurarse que cuestiones como: personalidad, puedan subsanarse para la debida integración procesal; competencia, sean de estudio oficioso, pudiéndose resolver antes de dar trámite al proceso, o bien al resolver en definitiva y; recusación o impedimento, se tramiten igualmente de manera oficiosa, sin que puedan constituir estos un recurso o medio de defensa al alcance de las partes, para retardar del proceso.

5. Sentencia¹⁸⁷

I. Análisis de procedencia (límites)

Como se dijo en el capítulo I, el ejercicio de la pretensión relativa a la protección de datos personales, tiene como objeto exigir el respeto del derecho a la intimidad, honor, identidad personal y autodeterminación informativa (con sus variantes y subtipos) pero, se aclaró, dicho ejercicio no puede tener el alcance de violentar o ir en contra de derechos de otros, consagrados en los tratados internacionales y constitución, pues ello iría contra su naturaleza teleológica.

¹⁸⁷ Ver como guía para la elaboración de la sentencia a Jaime Manuel Marroquín Zaleta, Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo, editorial Porrúa, séptima edición, México, 2002.

El proceso en la protección de datos personales

Luego, además de la actualización de la cosa juzgada, las únicas posibilidades o causas de improcedencia de la pretensión relativa que se advierten, en el contexto del presente estudio¹⁸⁸, serán la actualización, y prueba, de un interés que deba prevalecer sobre el que trata de ejercer o defender el promovente respectivo¹⁸⁹.

Para poder establecer en qué casos resulta procedente la pretensión de protección de datos personales, en principio tendremos que separar cuando ésta se promueve contra actos de particulares, y cuando se promueve contra actos del Estado y sus entidades.

Cuando se promueve contra actos de particulares, dos son los casos en que puede resultar improcedente la pretensión intentada, uno, cuando en un juicio anterior se haya decidido al respecto (cosa juzgada, la cual se explica por sí misma) y dos, cuando el ejercicio de la pretensión encuentre su límite en los derechos del demandado.

En el supuesto de que se haga valer la figura de la cosa juzgada, el juzgador no sólo deberá limitarse a analizar si se cumplen sus elementos¹⁹⁰, sino además, si en el lapso transcurrido entre el dictado de la primera sentencia, que causó estado, y la nueva demanda, las condiciones o tratamiento de los datos han variado por parte del responsable de la base de datos, de tal forma que ahora sí resulta violatoria de alguno de sus derechos; pues si esto es así (lo cual obviamente exigirá que se alegue y pruebe), deberá considerarse como una excepción al principio de cosa juzgada dada la naturaleza de la pretensión en la cual pueden cambiar las condiciones de uso y tratamiento de los datos.

¹⁸⁸ Se hace la presente aclaración, pues en términos generales como presupuestos de procedencia, se reconocen: a) la previsión en la ley del medio procesal, b) que se haya promovido en el plazo correspondiente (el cual no aplica en el caso) y c) que sea promovido por parte legitimada.

¹⁸⁹ Con vergüenza, se advierte que en el artículo 52 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, se prevé como una causa de improcedencia la “incompetencia” del IFAI, y con recelo y rechazo, dadas las razones expuestas en el presente estudio, que como otras causas de improcedencia, se prevén el trámite de algún recurso o medio de defensa que pueda tener por efecto modificar, anular o revocar el acto respectivo, la extemporaneidad de la demanda y el carácter ofensivo o irracional de la solicitud de protección de datos.

¹⁹⁰ Esto es, identidad en la cosa demandada (*eadem res*), en la causa (*eadem causa pretendi*), y en las personas y la calidad con que intervinieron (*eadem conditio personarum*). Ver la jurisprudencia cuyos datos de identificación y rubro son Registro No. 170353, Rubro: COSA JUZGADA. PRESUPUESTOS PARA SU EXISTENCIA, Localización: 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVII, Febrero de 2008; Pág. 197; [J].

El proceso en la protección de datos personales

Tratándose de actos del Estado y sus entidades; las causas de improcedencia son: también la cosa juzgada (con la excepción expuesta) y el límite impuesto por cuestiones de seguridad nacional, salud pública, orden e interés público, además de otros de la misma magnitud.

La improcedencia basada en el límite establecido por los derechos y libertades de terceros (cuyo estudio a propósito se delegó a este momento) así como las cuestiones que importan a la sociedad en general, se analizan de manera conjunta, ya que en ambos casos subyace un mismo problema, la colisión de principios, valores o derechos fundamentales.

Al hacerse valer cualquiera de estas excepciones o causas de improcedencia, se alude a un colisión de valores, principios o derechos fundamentales, luego, se advierte la conveniencia, de aplicar sistemas o métodos de interpretación¹⁹¹, como el que implica la aplicación del principio de proporcionalidad¹⁹² para resolver en compatibilidad y armonía qué derecho debe prevalecer y cuál ceder, y en consecuencia, si la pretensión es o no procedente.

Así es, aun cuando el principio de proporcionalidad fue diseñado como un criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no; el mismo puede válidamente servir para separar y definir de una manera casuística, qué derechos (el de intimidad, honor, identidad y

¹⁹¹ Los criterios tradicionales de interpretación jurídica (literal, [especialidad] sistemático, etc.) son insuficientes para establecer los límites en la relación de los principios constitucionales contendientes en caso de colisión entre ellos o con algún bien jurídico constitucionalmente legítimo...[pues] no determinan con precisión los justos límites de los principios constitucionales en un determinado conflicto con características fácticas específicas. De éste modo, una argumentación sostenida sólo por cánones tradicionales de interpretación es menos racional y precaria". Véase Bernal Pulido Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2ª. edición, Madrid, CEPC, 2005, pp. 544-545.

¹⁹² Se alude al principio de proporcionalidad desarrollado por la doctrina y jurisprudencia alemanas, el cual se integra por tres sub-principios que son el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *estricto sensu*. La idoneidad de la medida legislativa se refiere a que, abstractamente considerara, ésta contribuya y facilite de cualquier forma la realización del fin inmediato que persigue, en el entendido de que como fin mediato tiene a su cargo satisfacer o promover a un determinado principio constitucional. El sub-principio de necesidad dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a aquéllos se intenta oponer, porque: 1) es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; o 2) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor. Finalmente, la proporcionalidad en estricto sentido, supone una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquellos. En Rubén Sánchez Gil, El principio de proporcionalidad, UNAM, México, 2007, pp. 44-51.

El proceso en la protección de datos personales

autodeterminación, o los derechos y libertades de terceros, o seguridad, salud, interés y orden público) prevalecen, como señalan Serna y Toller¹⁹³, cuando explican que: *“para establecer los límites de la relación entre dos bienes jurídicos - sobre todo si son de carácter constitucional- es indispensable aplicar el principio de proporcionalidad, pues por la precisión de conceptos, ideas y situaciones que aporta a los casos concretos, es un instrumento metodológico apropiado para establecer si es legítima una medida legislativa que necesariamente debe promover un bien público, en que intervienen los derechos fundamentales, asegurando la máximo posible la objetividad del operador jurídico”*.

La conveniencia de aplicar el principio de proporcionalidad¹⁹⁴, se robustece con lo sostenido por Castillo Córdova¹⁹⁵, cuando dice: *“La aplicación del principio de proporcionalidad implica abandonar una concepción conflictivista de los principios constitucionales que los ve como “opuestos”, que obliga a imponer uno de ellos sobre el otro e igualmente con los bienes que tutelan; por el contrario, el principio de proporcionalidad busca una vigencia armoniosa en la realidad de ambos contendientes. El supuesto conflicto no se da entre los derechos in abstracto sino entre las pretensiones de sus titulares en casos concretos –que inevitablemente sólo pueden satisfacerse alternativamente en un proceso jurisdiccional y, por los mismo, son excluyentes entre sí-, de modo que su solución está determinada por la incidencia casuística de ciertos elementos circunstanciales; no es posible, pues, que un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho, sino debe conjugar[se] su finalidad con la perspectiva aportada por la visión coexistencial; los principios constitucionales –como los paradigmáticos derechos a la intimidad y a la libertad de expresión – sencillamente no son enemigos naturales”*.

¹⁹³ Véase Serna, Pedro y Toller Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos, Bs. As. editorial La Ley, 2000, p. 86.

¹⁹⁴ La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya ha hecho uso de este principio, tal y como puede apreciarse de la lectura de la tesis cuyos datos de identificación y rubro son: registro No. 169489, Rubro: IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. Localización: 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVII, Junio de 2008; Pág. 440; [T.A].

¹⁹⁵ Castillo Córdova, Luis Fernando, ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?, Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, enero-junio de 2005, p. 128.

El proceso en la protección de datos personales

Por ello, al analizar la procedencia de la pretensión relativa a la protección de datos personales, contra la cual se invoque la prevalencia de un derecho del demandado, o bien alguna cuestión que importe a la sociedad en general, el juez tendrá que realizar un juicio de ponderación o razonabilidad (*balancing*) sobre la relación antagónica entre dos derechos, en el que, de acuerdo a los hechos que informen el caso concreto, le permita llegar a establecer si el acto que se reclama como vulnerador de los derechos del actor, tiene un fin legítimo y resulta adecuado para realizarlo, si no existen opciones igualmente válidas que causen un menor perjuicio y si el beneficio obtenido, justifica el menoscabo de los derechos del actor; y a partir de ahí decidir, por tanto, si el juicio resulta procedente cuando el derecho opuesto no pueda prevalecer sobre el del actor, o si, por el contrario, el juicio resulta improcedente, porque el o los derechos invocados por el actor, no puedan prevalecer sobre el opuesto por su contraparte¹⁹⁶.

Lo anterior no resulta de ninguna manera fácil -de ahí una razón más para que su ejercicio y construcción no deba dejarse a un procedimiento administrativo- pues en palabras del ministro Cossío¹⁹⁷, *“impone realizar un fino examen, frecuentemente profundo y sutilísimo, sobre la relación entre un determinado interés público u otro principio –no sólo tutelado sino exigido constitucionalmente, que incidiría en un derecho fundamental y la efectividad de este último, y plantea argumentos que obligan a ir mucho más allá de la indudable legitimidad constitucional”*; sin embargo, resulta de suyo necesaria la implementación en el juicio relativo, dada su naturaleza constitucional y la implicación de los derechos en juego cuya tarea corresponde precisamente, a los jueces de control constitucional.

¹⁹⁶ Al respecto, Winfried Hassemer y Alfredo Chirino Sánchez, en “El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales”, Editores del Puerto, Bs.As. 1997, pp. 177, dicen: “...Sin embargo, cualquier limitación que se haga a este derecho debe cumplir ciertas condiciones, que se derivan de la tutela constitucional recibida por este derecho. En concreto, toda limitación debe satisfacer los siguientes elementos: será permisible en la medida en que haya un interés público preponderante, cuando tenga un fundamento legal, y cuando este fundamento legal satisfaga los requisitos del principio de proporcionalidad y del principio emanado de la idea del Estado de Derecho que ordena la definición y puesta en vigencia de normas claras y precisas...”

¹⁹⁷ Amparo en revisión 1110/2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, voto particular, 7 de diciembre de 2005.

El proceso en la protección de datos personales

También pudieran llegar a presentarse, eventualmente, otras causas de improcedencia, ya sea por cuestiones fácticas (cesación de efectos, cumplimiento espontáneo de la petición, convenio, etc.) o legales (que la pretensión se ejerza contra archivos personales) en las que no conviene detenerse mayormente, por su uso y estudio en otros medios de control constitucional, sobre todo en nuestro país.

II. Contenido

Una vez salvado el tema de la procedencia, el cual, debe reflejarse en la sentencia cuando lo invoque la parte contraria, o bien oficiosamente cuando se advierta por parte del juzgador (y no cuando no se actualice, lo cual no supone que no se realice el análisis correspondiente) se debe proceder al análisis de los elementos de la pretensión, a fin de determinar si ésta resulta fundada o infundada.

En el caso del derecho de acceso¹⁹⁸, la litis se centrara en establecer, en principio, si el responsable de la base de datos demandado, cuenta o no, en dicha base, con datos del actor, y por tanto, si asiste o no derecho al actor para acceder a los mismos y la obligación del responsable de proporcionarlos. En caso de que derivado de la aceptación y exhibición de los datos, se amplíe la demanda, la litis podría ser la relativa a la rectificación, cancelación u oposición, que enseguida se explicarán.

Tratándose de la rectificación, la litis debe centrarse en establecer, cuál o cuáles son los datos que se aduce son incorrectos, pero además, lo cual resulta el tema total de éste tipo de pretensión, se debe analizar si los datos incorrectos tienen como consecuencia algún trato discriminatorio, o bien si afectan en alguna medida los derechos de intimidad, honor, identidad personal o autodeterminación informativa, ya que la pretensión no debe instarse sólo por el deseo de actualizar los datos, pues la teleología de tal herramienta jurídica no es esa –meramente

¹⁹⁸ No parece necesario que quien deduzca el derecho al acceso, alegue la existencia de un gravamen o perjuicio, además, constituye una premisa para asegurar que los datos personales que se incorporan a un archivo, respondan a los principios de tratamiento de los datos. Osvaldo Alfredo Gozaíni, en Derecho Procesal Constitucional, hábeas data, protección de datos personales, Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, pp. 432.

El proceso en la protección de datos personales

administrativa- sino la protección de los derechos antes señalados. Para ello, el juzgador debe realizar un análisis ponderativo en relación al trato que de tales datos realice el responsable de la base de datos, así como si se cumplen los principios de su tratamiento, a fin de tener una base objetiva para tomar la decisión correspondiente.

El ejercicio de la cancelación¹⁹⁹ de algún dato o datos, implica necesariamente que se trata de aquellos que por su naturaleza se consideran sensibles, los cuales no deben contenerse en una base de datos, ni menos aun exponerse a terceros. En este caso, el juzgador debe, en primer lugar e invariablemente, determinar si se trata o no de datos sensibles, para lo cual, deberá analizar (como ya se dijo antes) el aspecto íntimo de la persona al que se refiere el dato, la potencialidad discriminatoria con que puede usarse, el trato o contexto en que se utiliza por parte del responsable de la base y, el trato o exposición que le da el titular del dato, de acuerdo a los planteamientos y hechos concretos probados en el juicio. Dicho análisis, implica un estudio acucioso y cuidadoso de tales circunstancias, en el cual se debe apelar, más que nunca, a la sana crítica y resolución en conciencia por parte del juzgador, a su objetividad mediante un criterio desprovisto de prejuicios, ideas preconcebidas, ideales, creencias y filosofías que puedan afectar su apreciación del caso concreto, sino por el contrario, mediante éstas, se construya y conciba una idea clara y objetiva del caso concreto y su justa resolución.

Lo anterior no se antoja de manera alguna fácil, pues regularmente en la tarea del juzgador se implican cuestiones objetivas susceptibles de ser constatadas de manera directa con las pruebas; verificar si un pagaré cumple con los requisitos de la ley respectiva, si una persona causó o no una lesión a otra, si un patrón cumplió con la ley al despedir a un trabajador, etc., sin embargo, en el

¹⁹⁹ Osvaldo Alfredo Gozaíni, en este punto, aborda de una manera ligeramente distinta el tipo de pretensiones, ya que se refiere a la supresión de los datos y su confidencialidad. Y prevé como supuestos en que se puede ejercer la primera, cuando la información haya perdido la finalidad, cuando los datos sean excesivos, cuando la información sea caduca y cuando se hiera la sensibilidad personal; en tanto que en el segundo caso, será cuando se trate de datos sensibles, y dice, ello no implica la cancelación del dato, sino su no difusión. Mientras que en el presente estudio tratará de establecerse que la cancelación es cuando se trate de datos sensibles, y que estos no pueden siquiera contenerse en una base de datos si el titular no lo desea y la oposición, será cuando no se trate de datos sensibles y no cumpla con alguno de los principios del tratamiento de datos.

El proceso en la protección de datos personales

caso de este tipo de pretensiones en que se analiza la “sensibilidad” que puede tener un dato en los sentimientos de una persona, implica analizar cuestiones totalmente subjetivas, lo cual no quiere decir que en otras materias no se haga - como cuando se analiza el dolo o culpa en la materia penal- pero en este tipo de pretensiones es la regla y no la excepción, es decir, indefectiblemente tratándose del ejercicio de la cancelación de datos, lo que el juzgador va a analizar son cuestiones subjetivas, de ahí que se subraye que tal análisis debe realizarse con una total objetividad y tratando, en la mayor medida posible, de que el criterio del mismo, no se vea nublado por cuestiones ajenas al caso, como las apuntadas²⁰⁰.

Finalmente, en cuanto al ejercicio del derecho de oposición a que ciertos datos se contengan en una base, tiene como presupuesto, en primer lugar, que no se trate de datos sensibles (pues en tal caso, la pretensión podrá ser la de cancelación del dato), y en segundo término, que no se cumple con alguno de los principios que regulan el tratamiento de datos, tales como el de legalidad, finalidad, congruencia, corrección, seguridad, consentimiento, etc.; luego, el análisis en la sentencia en este caso, deberá realizarse en relación al cumplimiento de los principios reguladores del tratamiento de datos, esto es, que se hayan obtenido de acuerdo a las leyes y normatividad aplicables y no mediante engaños; que el titular de los datos haya dado su consentimiento para que se recabaran los datos; que se justifique que la creación de la base de datos es con

²⁰⁰ Recasens Siches, al oponer a la lógica pura tradicional, racional, la lógica de lo razonable, señala que en la sentencia del juez no rige el mecanismo de subsumir el caso concreto en la regla general, porque no siempre es factible distinguir los hechos jurídicos que configuran el caso, ni determinar entre varias normas cuál es la aplicable, o cubrir una laguna jurídica, por lo que la ley, norma general abstracta, es una norma incompleta y la norma jurídica real se integra en la sentencia del juez. “una norma general –dice- no es una norma completa, porque no puede ser aplicada correctamente y sin más. Para que una norma general pueda ser aplicada a unas relaciones sociales es necesario tejer un puente entre la generalidad de la norma y la particularidad del caso concreto. Ahora bien, ese puente no consiste en modo alguno en lo que con tanta simplicidad, como con tanto error, llamaron muchos autores una subsunción de lo particular dentro o debajo de lo general...”. “Las normas generales contenidas en leyes y reglamentos son sólo uno de los ingredientes desde luego muy importantes con los cuales se van a elaborar las normas jurídicas perfectas, que son las individualizadas en los fallos y resoluciones jurisdiccionales”. En este sentido el juzgador, en la norma individualizada, sigue las valoraciones de la norma general, pero utiliza también estimaciones jurídicas y experiencias que corresponden no a la lógica tradicional, la lógica racional, sino a la lógica de lo razonable: “La lógica de lo humano o de lo razonable –expresa- es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia” Luis Recasens Siches. Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX. Tomo I, 1ª. edición, editorial Porrúa, México, 1963, pp. 513 y 541.

El proceso en la protección de datos personales

finalidades legítimas, concretas y acordes con las actividades o fines explícitos que persigue el sujeto regulado; que los datos resulten pertinentes, correctos y actualizados para los fines que fueron recabados; en fin, de acuerdo al principio que se considere vulnerado y que se aduzca como razón para oponerse a que una base de datos contenga estos, por no cumplir con el mismo.

Debe decirse, que las posiciones antes fijadas, dependerán, indudablemente, de lo solicitado por el promovente o actor, pues es sólo a él a quien puede importar, precisamente en uso de su derecho de autodeterminación informativa, de qué manera se utiliza un dato, si quiere que se actualice o corrija, o bien que no se contenga en una base de datos; por lo cual, aun en el caso de datos sensibles, la pretensión se puede limitar a que uno o varios datos se corrijan, que se cumpla con alguno de los principios del tratamiento de datos, etc.; es decir, la sentencia estará limitada o tendrá sus fronteras, en lo pedido por el actor, y obviamente, en lo probado en el proceso.

III. Suplencia

La figura de la suplencia, es utilizada regularmente en otras garantías constitucionales, como la acción de inconstitucionalidad o el juicio de amparo, como un instrumento mediante el cual el juzgador analiza de una manera global el planteamiento de la pretensión, a fin de que, aun cuando no se contenga un determinado argumento en la demanda respectiva, se pueda introducir éste e impactar en la sentencia a favor del promovente; y en algunos supuestos, como el amparo en materia agraria, la suplencia abarca cuestiones como subsanar el pedimento, el señalamiento del acto reclamado, así como el recaudo de pruebas²⁰¹.

²⁰¹ Es la institución procesal, dentro del juicio de garantías, de carácter proteccionista, antiformalista y de aplicación obligatoria que, generalmente, opera a favor del quejoso cuando se surte alguno de los supuestos previstos en el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, a fin de subsanar las omisiones totales o agravios formulados, pero excepcionalmente en materia agraria, opera a favor del tercero perjudicado cuando se trata de entidades agrarias, ejidatarios o comuneros y aspirantes a serlo, ampliándose no sólo a las imperfecciones de la demanda, sino también a la falta de pruebas y a toda clase de escritos, comparecencias y obligaciones, conforme a lo dispuesto por los numerales 225, 226 y 227 de ese mismo ordenamiento legal. Jaime Allier Campuzano “Naturaleza y alcance de la suplencia de la deficiencia de la queja en amparo laboral”, editorial Porrúa, primera edición, México, 2003. p. 6.

El proceso en la protección de datos personales

La justificación de dicha figura, radica en la protección de ciertos bienes o derechos que se tienen en especial aprecio (como la vida, la libertad, los derechos de menores, etc.), o en algunos casos, para equilibrar una desigualdad real, que se traduce en una procesal (como por ejemplo en materia laboral en donde los patrones tienen un poder adquisitivo mayor, que hace que cuenten con una mejor defensa).

Allier Campuzano²⁰² nos dice: *“No obstante lo anterior, cuando la observación objetiva de la realidad de las relaciones humanas demuestra que hay materias que, como resultado de las diferencias sociales, la desigualdad procesal es evidente, o que algunos de los bienes que están en juego son de mayor entidad que otros, hay tendencia de separarse de la idea privatística y buscar, en la vocación publicista, una nueva actitud del juez ante la litis, con el propósito de que tenga libertad para equilibrar los heterogéneos pesos procesales, o para buscar el resguardo preferente de ciertos valores respecto de otros, o bien para que puedan alcanzar ambos objetivos”*.

Asimismo, sostiene tal autor que las ventajas que reporta este principio son: *“a) otorga seguridad jurídica en el juicio, ya que dentro de la justifica conmutativa, las partes, en igualdad de circunstancias, saben a qué atenerse, no existiendo cabida a apreciaciones subjetivas del juzgador y b) evita la indolencia de las partes, que sabedoras de la severidad formal de las apreciaciones judiciales, se esforzarán por allegar al juez todos los elementos necesarios de su interés”*.

Más que una obligación o imperativo para el juzgador, de intervenir a favor de alguna de las partes, de acuerdo a las normas que pudieran regir la suplencia; convendría establecer o introducir principios o pautas, que conduzcan al esclarecimiento de la verdad, y que, independientemente de los recursos de los contendientes, la justicia se otorgue a quien tenga derecho a ella, pues la garantía constitucional de protección de datos personales, como todas las de ésta naturaleza, está dirigida a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado –lo cual es una cuestión de orden y seguridad jurídicas y públicas, cuyo interés radica en toda la sociedad-. Dicho en

²⁰² Ídem, cita anterior, pp. 31-32.

El proceso en la protección de datos personales

palabras de Krotoschin²⁰³, debe prevalecer la Ley sobre la voluntad de las partes en el proceso.

IV. Sentencia favorable

La sentencia favorable, es el pináculo de la búsqueda en el restablecimiento del orden jurídico alterado; es la concreción del quehacer del juez, y de la justicia.

Dadas sus características, tratándose de la dictada en el proceso de protección de datos personales, la misma debe considerarse de condena o prestación²⁰⁴, esto es, la imposición de un hacer o no hacer, cuyo contenido estará en función de cuál de los derechos ARCO será ejercido por el titular de los datos.

En caso de solicitarse el acceso, la sentencia condenatoria que llegare a dictarse en el proceso de protección de datos personales, debe tener por efecto el establecer la obligación para el responsable de la base de datos, de exhibir al titular y actor, aquellos datos que se contengan en la misma; y, en caso de ampliación de la demanda, y de resultar también favorable la resolución, los efectos dependerán de lo que se pretenda en la ampliación, que pueden ser rectificar, cancelar o suprimir los datos, los cuales enseguida se explicarán.

Tratándose del ejercicio del derecho de rectificación, los efectos de la sentencia deberán consistir en establecer la obligación para el responsable de la base de datos, de corregir aquellos que resulten erróneos en la base respectiva, de acuerdo a los datos cuya veracidad haya sido comprobada.

En los casos en que se ejerza la cancelación u oposición a que se contengan determinados datos en la base respectiva; los efectos de la sentencia deberán ser establecer la obligación para el responsable de la base de datos, de suprimir aquellos del actor, que se contengan en la base respectiva.

No se comparte la opinión de Peyrano, secundada por Puccinelli²⁰⁵, de que la ley debe prever un mecanismo para la expansión *erga homnes* de la sentencia,

²⁰³ Citado en Ley Federal del Trabajo, Editorial Esfinge, 23ª. edición, Naucalpan, 2002, p. 451.

²⁰⁴ Ya que esta tiene lugar cuando una parte pretende frente a la otra que ésta reconozca la existencia de un derecho de la primera, quede obligada por él y lo satisfaga, o que quede sujeta a las consecuencias del incumplimiento de una obligación suya y se le imponga la consecuente responsabilidad. Hernando Devís Echandía, Teoría General del Proceso, editorial Universidad, tercera edición, Bs. As. 2002. p. pp. 162 y 421.

²⁰⁵ Oscar R. Puccinelli, Protección de datos de carácter personal, editorial Astrea, Bs. As. 2004, p. 620.

El proceso en la protección de datos personales

atendiendo al principio de concentración (esto pudiera darse con los datos de naturaleza sensible -los cuales sostengo que no deben, si el titular no lo desea, contenerse en una base de datos-) porque en principio, esto implicaría desconocer el derecho de audiencia de los responsables de otras bases de datos, además, probablemente se dejarían de analizar otras situaciones como, que el titular haya dado su consentimiento para que los datos, aun los de tal naturaleza, se contengan e incluso se exhiban en la base, o bien, que el recaudo haya cumplido con todos los principios relativos al tratamiento de datos, o bien podría significar inmiscuirse o ampliar una demanda respecto de bases de datos que no hayan sido impugnadas, o no se tenga interés en impugnar.

En la sentencia, además, se debe establecer un plazo, perentorio, para el cumplimiento una vez que la sentencia cause ejecutoria.

V. Cumplimiento

No se puede hablar de justicia mientras permanezcan insolutos los deberes jurídicos en los cuales se traduce el cumplimiento de los fallos constitucionales.

Éste [el deber de hacer cumplir las sentencias ejecutorias] constituye uno de los deberes más importantes de los jueces de la nación, pues igual se deniega la justicia porque un juicio se resuelva tardíamente, como porque no se ejecute o cumpla la sentencia protectora, cuyo fin esencial es restablecer al gobernado en el pleno goce de sus derechos violados a consecuencia de los actos arbitrarios...²⁰⁶

En la Ley de Amparo, en sus artículos 104 al 113, se prevé todo un mecanismo relativo a la ejecución de las sentencias. Por su parte, la mayoría de las legislaciones, prevén medios de apremio a fin de que las sentencias puedan cumplirse, las cuales dependen de la condena impuesta, así, cuando se trata del pago de una cantidad líquida, se prevé el procedimiento de embargo y remate, cuando el hecho es personal y no puede prestarse por otro, se establecen medidas de apremio para el cumplimiento como la multa, arresto o uso de la fuerza pública, si el hecho puede llevarse a cabo por otro, e incluso, se prevé la

²⁰⁶ Genaro David Góngora Pimentel, entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la presentación del Prontuario en materia de cumplimiento de sentencias de amparo, SCJN; México 2000.

El proceso en la protección de datos personales

posibilidad de que el juez realice actos (como la firma de escrituras) en nombre del condenado que se niegue a realizar los actos a que se le condenó.

Lo importante de este tema, radicará, además de establecer un mecanismo mediante el que se obligue a los condenados a cumplir con las sentencias ejecutorias, el cual deberá constar de etapas precisas y perentorias (por principio un plazo corto para cumplir) en separar, dada la dualidad del carácter de los demandados (públicos y privados) las consecuencias en uno y otro caso, pues indudablemente que a un particular no se podrá requerir a través de un superior, o amedrentarlo con destituirlo del puesto; por lo que la ejecución deberá contar con esas dos vertientes.

Conclusiones

Resultado del análisis realizado, producto de un enfoque procesal a la pretensión de datos personales, como conclusiones tenemos:

- La protección de los derechos de intimidad, honor, identidad personal y autodeterminación informativa, se hace patente a través del ejercicio de los derechos ARCO, esto es, el acceso, la rectificación, cancelación u oposición.

- El ejercicio de los mismos, dependerá de la sensibilidad de los datos que se traten de proteger, y de quién instaure la pretensión, si una persona física, o una privada.

- El proceso relativo, debe corresponder a una garantía constitucional, cuyo conocimiento corresponda a jueces de control constitucional.

- Los legitimados activamente para instaurar la pretensión, pueden ser personas físicas o morales, y los legitimados pasivamente, personas físicas o morales privadas y morales públicas (Estado).

- Para acceder a la pretensión de protección de datos personales, debe establecerse de una manera optativa, una vía previa ante el responsable de la base de datos.

- La medida cautelar que debe preverse principalmente, es el bloqueo de la base de datos respecto de aquellos del actor, además de las que se consideren pertinentes o más efectivas.

El proceso en la protección de datos personales

- El proceso, se debe limitar a la demanda (ejercicio de derechos ARCO) contestación, pruebas (regularmente preconstituidas) y sentencia, en términos y plazos cortos y perentorios.

- Las causas de improcedencia de la pretensión relativa, estarán determinadas, principalmente, por los límites de los derechos de terceros o por razones de seguridad nacional, salud, orden e interés públicos, debiendo determinarse lo relativo, de acuerdo al principio de proporcionalidad, entre otros métodos de interpretación.

- El análisis de fondo de la sentencia de protección de datos personales, versará, principalmente, en lo pedido en la pretensión, en establecer si están involucrados datos sensibles, si se cumplen con los principios del tratamiento de datos y el análisis de las pruebas relativas.

- En el proceso, más que suplirse la queja, deberán instaurarse principios y reglas, que permitan resolver de acuerdo a la verdad.

- Los recursos e incidentes, deberán limitarse en su número a los necesariamente indispensables.

Bibliografía

Libros

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, segunda edición, número 44, UNAM, México, 1970.
- Alexy Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Allier Campuzano, Jaime. "Naturaleza y alcance de la suplencia de la deficiencia de la queja en amparo laboral", editorial Porrúa, primera edición, México, 2003.
- Altmark, Daniel R. y Molina Quiroga Eduardo, "Hábeas data", L.L. 1996-A-1565.
- Andrés Ibáñez Perfecto y Alexy Robert. Jueces y ponderación argumentativa. UNAM. México, 2006.
- Aragón, Manuel. Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos, editorial Porrúa, tercera edición, México, 2005.
- Armagnague Juan F. (dir.) María G. Ábalos y Olga P. Arrabal de Canals (coords.). "Derecho a la información, hábeas data e Internet", ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002.
- Arellano García, Carlos. Teoría General del Proceso, editorial Porrúa, 16ª. edición, México, 2007.
- Badeni, Gregorio. Derecho Constitucional. Libertades y garantías, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Badeni, Gregorio. Tratado de Derecho Constitucional, segunda edición, La Ley, 2006, Argentina.
- Becerra Bautista, José. "El proceso civil en México", editorial Porrúa, sexta edición, México, 1977.
- Bernal Pulido Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2ª. edición, Madrid, CEPC, 2005.
- Bianchi, Alberto. "hábeas data y derecho a la privacidad", Mar del Plata, 2000.
- Bidart Campos, Germán J., ¿hábeas data, o que? ¿derecho a la verdad o que?, en L.L. 1999-A-212.

El proceso en la protección de datos personales

- Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las Providencias cautelares, traducción de Sentis Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945.
- Castillo Córdova, Luis Fernando, ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?, Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, enero-junio de 2005.
- Cifuentes, Derecho personalísimo a los datos personales, LL, 1997-E-1323, y derechos personalísimos, Astrea, Bs.As. 1995.
- Cruz Villalón y Pedro y Pardo Falcón, Javier, en "Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978.
- Carbonell, Miguel. "Los derechos fundamentales en México" editorial Porrúa, México 2005.
- Davara Rodríguez Miguel Ángel. La protección de datos en Europa, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.
- De Vega García, Pedro. Derecho Procesal Constitucional, editorial Porrúa, cuarta edición, México, 2003.
- Devis Echandía, Hernando. "Teoría General del Proceso", editorial Universidad, segunda edición, Bs. As. 1997.
- Ekmekdjian Miguel Ángel y Calogero Pizzolo. Hábeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel. Manual de la Constitución argentina, 3ª. Edición, editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Eguiguren P. Francisco J. Poder Judicial, Tribunal Constitucional y hábeas data en el constitucionalismo peruano, UNAM, México, 1999.
- Fernández Sessarego, Carlos. El derecho a la identidad personal, Astrea, Bs. As., 1992.
- Ferreira Rubio, Delia M., El derecho a la intimidad, Universidad, Buenos Aires, 1982.
- Ferrer Mc Gregor Eduardo (coord). "Derecho Procesal Constitucional", editorial Porrúa, cuarta edición, México 2003.
- Fix Zamudio, Héctor. Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Colección FUNDAP, 2002.
- García Belaunde, Domingo. "El hábeas data y su configuración normativa (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993), en *Liber Amicorum* Héctor Fix Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, vol. 1.
- Gil Carbó, Alejandra M. "Régimen Legal de las Bases de Datos y Hábeas Data", Editorial La Ley, Tucumán, 2001.
- Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, décima edición, editorial Oxford University Press, México, 2005.
- Góngora Pimentel, Genaro David. Prontuario en materia de cumplimiento de sentencias de amparo, SCJN; México 2000.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. "Derecho procesal constitucional, hábeas data, protección de datos personales" Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. (coordinador) "La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data", Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As. 2001.
- Guastini Riccardo. Estudio sobre la interpretación jurídica. Editorial Porrúa, México, 2008.
- Hassemer, Winfred y Chirino Sánchez Alfredo. "El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales" Editores del Puerto, Bs. As. 1997.
- Kraut, Jorge Alfredo. "Información: un derecho constitutivo del hombre en sociedad. Algunos enfoques jurídicos"
- Luis Vigo, Rodolfo. Interpretación Jurídica. Rubinzal-Culzoni editores, Bs. As. 2006.
- Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. El derecho a la autodeterminación informativa, Madrid, Tecnos, 1990; id., La construcción del derecho a la autodeterminación informativa, Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 104, abril-junio de 1999.
- Málaga Dieguez, Francisco. "Situación actual del derecho español sobre protección de datos" en "La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data", Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As., 2001.
- Masciotra, Mario. "El hábeas data, la garantía polifuncional" Librería Editora Platense, La Plata, 2003.

El proceso en la protección de datos personales

- Marroquín Zaleta, Jaime Manuel, Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo, editorial Porrúa, séptima edición, México, 2002.
- Martínez Zorrilla David. Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del hábeas data", en *Ius et Praxis*, año 3, n° 1, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile) 1997.
- Novoa Monreal Enrique. Derecho a la vida privada y libertad de información, Siglo XXI, Madrid, 1981.
- O'Callaghan, Xavier. Libertad de expresión y sus límites; honor, intimidad e imagen, Madrid, Edersa, 1994
- Ovalle Favela, José. Teoría General del Proceso, editorial Oxford University Press, cuarta reimpresión, México 2008.
- Palazzi, Pablo Andrés, "Algunas reflexiones sobre el hábeas data a tres años de la reforma de la Constitución Nacional, E.D. 174-93.
- Pérez Luño Antonio E. "Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución, Tecnos, novena edición, Madrid.
- Pierini Alicia, Lorences Valentína y Tornabene María I. "Habeas data-derecho a la intimidad", Editorial Universidad, Bs.As. 1998.
- Puccinelli, Oscar R. "Protección de datos de carácter personal" Editorial Astrea, 2004, Buenos Aires.
- Puccinelli, Oscar. "El hábeas data en indoiberoamérica" Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia 1999.
- Rebollo Delgado, Lucrecio. "Derechos fundamentales y protección de datos", Dykinson, S.L. Madrid, 2004.
- Recasens Siches, Luis. Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX. Tomo I, 1ª. edición, editorial Porrúa, México, 1963.
- Rodríguez Minaya, Juan Ramón. La suspensión en el juicio de amparo, cuaderno de trabajo 3, editorial Porrúa, tercera edición, México 2008.
- Roza Acuña, Eduardo. "Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina" Universidad Externado de Colombia, primera edición, mayo 2006.
- Sagües, Néstor Pedro. Subtipos de hábeas data, JA, 1995-IV-532.
- Sagües, Néstor Pedro. La inconstitucionalidad de la concesión con efecto suspensivo de la resolución admisorio de una medida cautelar en el amparo, ED, 188-554.
- Sánchez Gil, Rubén. El principio de proporcionalidad, UNAM, México, 2007.
- Serna, Pedro y Toller Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos, Bs. As. editorial La Ley, 2000.
- Serra, María Mercedes. "El hábeas data en el derecho argentino" Editorial Juris, Argentina 2001.
- Velázquez Bautista. Protección jurídica de datos personales automatizados, Madrid, Colex, 1993. Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) y Parellada, Carlos A. (coord..) Derecho de daños, La Rocca, Bs. As. 1993, 2ª. parte.
- Quiroga León, Aníbal. El hábeas data en el Derecho Procesal Constitucional Peruano, en "La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del hábeas data" coordinador Osvaldo Alfredo Gozaini, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera, Bs. As. 2001.
- Zavala de González, Matilde, "derecho a la intimidad", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1982.

Páginas de Internet

- <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/10/14/navegante/1255539592.html>.
- <http://www.eluniversal.com.mx/notas/673768.html>
- <http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>
- <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/...C8E1.../SpanishEspagnol.pdf>
- <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>
- <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/916/7.pdf>
- <http://www.oecd.org/home>

El proceso en la protección de datos personales

- http://www.ifai.org.mx/pdf/ciudadanos/sitios_de_interes/datos_personales/Convenio108.pdf
- <http://www.habeasdata.org/ONU-Directrices>
- <http://www.oecd.org/dataoecd/15/29/34912912.pdf>
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ>
- <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0134.pdf>
- <http://www.constitution.org/cons/brazil.htm>
- http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- http://www.iccnw.org/documents/decla_Santa_Cruz_de_la_Sierra.pdf
- http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_086_06dic77_ima.pdf
- <http://www.ifai.gob.mx>
- http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lrsic/LRSIC_orig_15ene02.pdf
- <http://www.banxico.org.mx>
- <http://www.burodecredito.com.mx/>
- http://vlex.com.ar/cn/Derecho_Inform@tico/14.
- <http://www.publexdeliver.com.mx>
- <http://www.ifai.org.mx/RegulacionInternacional/leyesInternacionales>.
- <http://www.jus.gov.ar/dnppnew>
- <http://www.jus.gov.ar/dnppnew/>.
- Guía orgánica del Poder Judicial de la Nación, Argentina, consultado en <http://www.pjn.gov.ar/>.
- <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70015/norma.htm>
- <http://www.jus.gov.ar/dnppnew/>.
- Manual de protección de materias clasificadas del Ministerio de Defensa, consultable en <http://www.mde.es/info/servicios/servicios-tecnicos/acuerdos-seguridad/>.
- <http://www.sepomex.gob.mx>
- Página de la Cámara de Diputados (México)
- Página de la Gaceta Parlamentaria de las Cámaras de Diputados y Senadores (México).
- Página del Poder Judicial de la Nación Argentina.
- Página del Tribunal Constitucional del Perú
- Página del Poder Judicial de Perú
- Página del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

Otros

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
- Semanario Judicial de la Federación (México).
- Harris Marvin, Introducción a la Antropología General, Alianza Editorial S.A., 7ª. Edición, 2004.
- Lawrence Wright, "Gemelos. Entorno, genes y el misterio de la identidad" Libros Aula Magna, primera edición, 2001.
- Ley de Amparo (México).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 5/9/95-Farrel, Desmond A. v. Banco Central de la República Argentina y otros, JA 1995-IV-350.
- C. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala 4ª, 4/10/95, Carlos R. Gaziglia y otro V. Banco Central de la República Argentina
- Colaboraciones vía correo electrónico, cortesía de Osvaldo Alfredo Gozaíni y Aníbal Quiroga León.
- Argentina (Ley 25.326 Ley de Protección de los Datos Personales)
- Perú (Ley 28237 Código Procesal Constitucional)
- España (Ley 15/1999 Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal)
- Ley Federal de Protección Industrial (México).
- Código Civil Federal (México).
- Código Penal Federal (México).
- Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (México).
- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (México).
- Ley Federal de Protección al Consumidor (México).
- Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México 2004.

El proceso en la protección de datos personales

- Acuerdos Generales 75/2008, 23/2009, 24/2009, 25/2009, del Consejo de la Judicatura Federal (México).
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (México).
- Amparo en revisión 1110/2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, voto particular, 7 de diciembre de 2005 (México).
- Ley Federal del Trabajo, Editorial Esfinge, 23^a. edición, Naucalpan, 2002 (México).
- Manual del Justiciable, Elementos de Teoría General del Proceso, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, cuarta reimpresión, abril de 2005.