

LAS NUEVAS FIGURAS DEL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL BRASILEÑO:
MANDADO DE INJUNÇÃO Y *HABEAS DATA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Mandado de injunção*. 1. *El nombre*. 2. *Campo de aplicación*. 3. *Mandado de injunção y mandado de segurança*. 4. *Sujeto activo*. 5. *Sujeto pasivo*. 6. *Improcedencia de la instancia previa*. III. *Habeas data*. 1. *El elemento histórico*. 2. *El nombre*. 3. *Sujeto activo*. 4. *Sujeto pasivo*. 5. *Informaciones reservadas*. IV. *Régimen procesal*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En todo periodo de transición al restablecimiento del estado de derecho, es común que se incorporen a las cartas políticas nuevas salvaguardias para impedir el retorno al régimen de excepción. Así, entre nosotros, los brasileños, ocurrió en 1934 y en 1946, y ahora resurge tal precaución con mayor fuerza, en virtud de que la Constitución de 1988 tiene tras de sí el más largo lapso de arbitrariedad de la historia republicana. Resulta, por tanto, plenamente justificado el reforzamiento de las garantías de los derechos fundamentales.

Dos instituciones fueron incorporadas actualmente al conjunto de las garantías de los citados derechos: el *habeas data* y el *mandado de injunção*, sin mencionar el *mandado de segurança* con una legitimación que se amplía a los partidos políticos y a las organizaciones sindicales, así como a las entidades gremiales y a las asociaciones legalmente constituidas, en actividad por lo menos durante un año.

De antemano debe destacarse que, para tener la titularidad de la *legitimatío ad causam*, las citadas organizaciones sindicales, las entidades gremiales y las asociaciones deben sujetarse a los principios de su constitución legal y al periodo de un año de funcionamiento.

Debe resaltarse también que la extensión del *mandado de segurança* a una colectividad agraviada en su derecho líquido y cierto, se había obtenido desde hace tiempo en los círculos forenses con una semejanza a la *acción civil pública*, si se toma en cuenta que se encontraba entre

las facultades de la Orden de los Abogados del Brasil, en virtud de que en su estatuto (Ley número 4215, artículo primero, parágrafo único) se dispone: "Corresponde a la Orden la representación, en juicio y fuera de él, de los intereses gremiales y los individuales, relacionados con el ejercicio de la profesión."

Es indiscutible que el objetivo de ambas instituciones creadas recientemente merecía consagración constitucional. El individuo tiene el derecho fundamental de conocer informaciones manipuladas u ocultas entre los poros de los servicios de inteligencia de carácter gubernamental, que generalmente se encuentran distorsionadas o se obtienen por conducto de métodos arbitrarios, y para esta situación el remedio es el *habeas data*.

Por otra parte, el justiciable tiene interés en el ejercicio natural y expedito de los derechos, libertades y prerrogativas que la Constitución le asegura, pero que pueden hacerse nugatorios debido a la inercia y a la ausencia de preceptos reglamentarios. Contra esta situación se dirige el *mandado de injunção*.

El carácter imperativo de la creación de estas dos instituciones de garantía nos conduce a otra cuestión, que si bien no es de fácil resolución, al menos puede ser analizada.

Si históricamente nos remontamos al viejo derecho portugués, la formación de las instituciones de defensa de los derechos individuales, no es unitaria con sus *cartas de segurança* y de seguro en la organización de la República brasileña en el año de 1891, en la que triunfó la filiación a un sistema monista de tutela de los derechos, al establecerse un instrumento único al cual se le dio el nombre de *habeas corpus*, el cual bien pudo ser denominado *amparo*, o bien, anticipándose en el tiempo, *mandado de segurança*.

Este último fue establecido en 1934, y su campo de aplicación fue bien definido. El *mandado de segurança* llegó a ser la institución genérica, de la cual la excepción o amparo menor se reguló por medio del *habeas corpus*, circunscrito a la tutela de la libertad de movimiento, sin hablar de la *acción popular* destinada a los derechos difusos de carácter colectivo. Todos estos instrumentos fueron regulados como *writs* o interdictos.

Nada impedía, en consecuencia, que el *mandado de segurança*, o amparo mayor, continuase ampliando su órbita para comprender situaciones que justificaron la implantación del *habeas data* y del *mandado de injunção*.

Sin embargo, este criterio no prevaleció, pero a los juristas incumbe otorgar prestigio al advenimiento de las nuevas instituciones con el propósito de fortalecerlas al mismo nivel de los restantes remedios de protección ya existentes, con una tradición dirigida a la cristalización de los derechos colectivos.

II. MANDADO DE INJUNÇÃO

1. *El nombre*

Esta institución de ejecución constitucional o *mandado de injunção* carece de precedentes legislativos o doctrinales en el derecho brasileño, si se entiende por antecedente doctrinal la tentativa de establecerlo legislativamente. Fue estructurado después de haber obtenido adeptos en el seno de la Comisión de Juristas formada por el Poder Ejecutivo, pero cuyo anteproyecto de Constitución no alcanzó carácter oficial.

En forma similar al *habeas data*, se creó en Brasil un instrumento jurídico cuyo nombre fue tomado en préstamo traducido de una institución semejante extranjera, pecadillo que se agrava en virtud de que el modelo seguido persigue un objetivo diverso.

En primer término, la similitud. La palabra *injunção* viene del latín *iniunction, onis*, sustantivo del verbo *iniungo. . . ere*, que significa imposición o acción de imponer. Hasta aquí todo va bien, ya que los *writs* y los interdictos son imperativos.

Ahora, la diferencia. El *writ of injunction* en todas las partes del mundo, inclusive en la India (Constitución de 1949, artículo 249) tiene una aplicación prohibitiva, opuesta a la finalidad que se ha otorgado al recién nacido interdicto.

Ya en 1969, en la tercera edición de nuestro *Mandado de segurança* (páginas 109 y siguientes), señalé que el *writ of injunction* tenía como finalidad prevenir de manera prohibitiva la ejecución de un acto o de una ley; que es de efecto negativo para evitar la violación de la ley por entidades públicas y que inclusive se dirige contra los efectos de la cosa juzgada para impedir la ejecución de sentencias dictadas sin la observación de las formalidades esenciales.

El otro *writ* de origen angloamericano es el *mandamus*, que tiene el propósito de obligar a alguien a ejecutar cierto deber impuesto por la ley, pero para cuyo ejercicio no existe norma reglamentaria. Todo justiciable que tiene un derecho incontéstable, escribíamos entonces,

cuya ejecución depende de una autoridad pública o de una corporación, a falta de otro medio jurídico eficaz, eficiente u oportuno, puede acudir al *writ of mandamus*.

Es pues este último instrumento y no el *injunction*, el remedio que tiene relación con el *mandado de injunção*.

Pero no nos limitemos a una opinión personal.

Al respecto, Óscar Rabasa, en la importante obra *El derecho anglo-americano* (México, 1944, p. 640), enseñaba:

El *writ of injunction* es el mandamiento que el actor solicita al juez para el efecto de que impida o suspenda la ejecución de cualquier acto ilícito de un particular o de una autoridad, indistintamente y en los procesos que versan sobre la materia constitucional, es el medio usual, por tanto, para que los tribunales, a instancia de parte agraviada, examinen la constitucionalidad de las leyes o de actos de autoridad, y suspendan o impidan su ejecución.

Frank J. Goodnow, en *Les principes du droit administratif des États Unis*, aparecido en 1907, sostiene en la página 481:

La *injunction*, también denominada *prohibition*, es el *writ* utilizado para impedir que la administración tome alguna iniciativa que está próxima a adoptar (...). El *mandamus* es la orden escrita emanada de un tribunal de mayor jerarquía dirigida a un tribunal inferior o a una corporación, municipio o funcionario, a fin de obligar a la administración a realizar aquello que se niega a hacer.

Después de destacar la influencia que han ejercido los *writs* anglo-americanos, Héctor Fix-Zamudio en su obra *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los de los derechos humanos* (México, 1974, pp. 199 y siguientes), afirma que:

De todos estos remedios, los de *injunction* y *mandamus* son los que han tenido una influencia más apreciable en los ordenamientos latinoamericanos, ya que el primero, mucho más complejo que como lo consideran los que no se encuentran familiarizados con el derecho angloamericano, tiene una mayor aplicación como el procedimiento para obtener una orden de abstención, provisional o definitiva, y ha sido mucho más útil como instrumento preventivo para impedir la

realización de actos que puedan afectar derechos fundamentales, en tanto que el *mandamus* implica la posibilidad de obtener una orden judicial para obligar, generalmente a una autoridad, a que cumpla con su obligación establecida claramente en la ley.

Agrega el mismo autor: "Descubrimos una influencia decisiva de los mencionados *writs* de *injunction* y *mandamus*, en los ordenamientos procesales de las provincias argentinas, que los han traducido como *mandamientos de ejecución (mandamus)* y de *prohibición (injunction)*."

De acuerdo con estas consideraciones, citadas con carácter ilustrativo, no se niega, y negarlo sería absurdo, que el *injunction* que caracteriza el nuevo interdicto, implica una imposición, pero que es común a todos los interdictos, antes como hoy y aquí en cualquier otra parte. Desde ese punto de vista, tanto el *habeas corpus*, el *mandado de seguridad* y los interdictos civiles establecidos para la defensa de la posesión, pueden considerarse como mandamientos de *injunction*, ya que tienen carácter prohibitivo.

La formación a través de los siglos, de los *writs* angloamericanos justifica el nombre de *injunction* para uno de ellos. Para el *common law* se justifica plenamente. Pero sólo con dificultad se puede aceptar esta institución en el derecho continental de origen romano.

Por este motivo, los argentinos aceptaron la idea que se persigue, pero le dieron el nombre adecuado: *mandamiento de ejecución*. En efecto, a lo que se dirige el *mandado de injunção* no es vagamente a establecer una obligación, sino imponer la ejecución o aplicación de los derechos constituidos.

2. *Campo de aplicación*

De manera que como lo expresa la norma constitucional: "Artículo 5o., LXXI. Se concede el mandamiento de *injunção* siempre que la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía."

Por tanto, el mandamiento de *injunção* se destina a hacer posible el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, o sea, todos los contenidos en los artículos 5o. (derechos individuales, colectivos y derechos sociales) y 194 a 232 (principios del orden social). Com-

prende también las prerrogativas que se refieren a la nacionalidad, la ciudadanía y la soberanía, reguladas por los artículos 12 a 16 de la carta constitucional.

Cuando en la ley fundamental se reconoce o establece un derecho, una libertad o una prerrogativa, ese derecho, esa libertad o esa prerrogativa imponen su ejecución inmediata. Es una característica de la ley, de toda ley, su eficacia inmediata, sin dilaciones. La ley no surge de la nada, tiene siempre una motivación superior dictada por la conciencia colectiva, y de la misma manera, no se expide sin una finalidad, como si fuese un objeto de adorno.

La ausencia de la reglamentación para que el derecho, la libertad o la prerrogativa puedan alcanzar sus objetivos teleológicos, no siempre configura ilegalidad, en ocasiones tampoco puede constituir abuso de poder, pero sí implica una afectación del derecho respectivo debido a negligencia inexcusable que debe remediarse jurídicamente. Para ello se ha establecido la *injunção*, o imposición, que debe ser decidida por el Poder Judicial.

Aun cuando está dirigida al mismo fin, no debe confundirse el *mandado de injunção* con la *acción de inconstitucionalidad por omisión*, que es un aspecto específico de la acción directa de inconstitucionalidad y que actualmente se otorga a un conjunto de entidades legitimadas procesalmente y que hasta hace poco tiempo era privilegio del procurador general de la República. Dicha acción, establecida en el artículo 103, inciso 2o. de la Constitución federal, regula el medio para hacer efectiva la regla constitucional; tiende a la reglamentación del derecho, y de esta manera lo pone en ejecución, al menos en principio, por medio de una vía oblicua.

Una vez declarada la inconstitucionalidad por omisión, el tribunal lo comunicará al órgano competente para que tome las medidas necesarias, las cuales deben adoptarse en un plazo de treinta días, si se trata de un órgano administrativo. En forma diversa, el *mandado de injunção*, más que la elaboración de las disposiciones reglamentarias, pretende la realización del acto, a fin de que de esta manera se transforme el derecho abstracto en una situación concreta.

3. *Mandado de injunção y mandado de segurança*

Resulta conveniente establecer si el *mandado de segurança* podría, en su calidad de institución monista, absorber la función del *man-*

dado de injunção, y la respuesta sería la misma si se considerasen a las demás garantías, como por ejemplo, en el modelo mexicano del *amparo*.

Ello sería posible, pero para lograrlo sería preciso alterar la estructura de la institución más antigua.

Debemos examinar la disposición constitucional: "Artículo 5o., LXIX. Se concede el *mandado de segurança* para proteger derecho líquido y cierto, no protegido por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable de ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o una entidad con personalidad jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público."

El mandado de segurança, aplicado hace más de medio siglo, tiene como presupuesto el agravio a un derecho líquido y cierto. Existen dos figuras en esa expresión de empleo tan reiterado. La primera significa un agravio, o en la terminología constitucional: "abuso de poder de una autoridad pública". *El mandado de injunção* no implica una violación o abuso de poder de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, puesto que se refiere a la inercia o la negligencia en la elaboración de un precepto que reglamenta un derecho.

El segundo vocablo implica la existencia de un derecho que puede probarse de plano. Si se considera que la expresión derecho líquido y cierto tiene una significación procesal, es decir que debe acreditarse por la prueba documental la existencia de un derecho indiscutible de acuerdo con la ley y que el mismo ha sido violado, es claro que en el *mandado de injunção* el derecho que pretende ejercitarse es evidente e indiscutible, pero no ha sido violado, ya que existe por sí mismo, está en la Constitución, pero la forma abstracta en que se presenta impide que pueda ser considerado como derecho líquido y cierto.

En tal virtud, sería preciso rehacer el *mandado de segurança*, distorsionar su estructura o suprimir su fundamento más sólido, a fin de que pueda comprender el objetivo del *mandado de injunção*.

Por tanto, debemos reconocer que faltaba en el ordenamiento jurídico brasileño dicho instrumento de garantía surgido en el derecho angloamericano y que ha sido muy difundido inclusive en América del Sur.

4. Sujeto activo

No existe restricción en la legitimación procesal para solicitar el *mandado de injunção*, ya que se otorga a los brasileños y a los extranjeros residentes en Brasil, ya sean personas naturales o jurídicas, cuando consideren que, por ausencia de un precepto reglamentario, no pueden ejercitar en su favor un derecho o libertad constitucionalmente consagrados, o que no pueden disfrutar de una prerrogativa inherente a la nacionalidad, la soberanía o a la ciudadanía.

Es, por tanto, necesario que el peticionario sea titular de un derecho, de una libertad o de una prerrogativa expresamente consagrados en la carta fundamental, y demuestre que no puede ejercitar ese derecho, esa libertad o esa prerrogativa, por la falta de un instrumento reglamentario.

También es procedente la *injunção* cuando la misma disposición constitucional que establece el derecho, lo condiciona a la expedición de una ley reglamentaria.

Así, por ejemplo, la Constitución dispone en su artículo 192 que el sistema financiero nacional debe ser regulado por una ley complementaria. En el párrafo 3o. de este artículo se establece que los intereses ("juros reais") a las propiedades inmobiliarias no podrán ser superiores al doce por ciento al año. Es un derecho indiscutible de los justiciables, pero todavía abstracto, en lugar de que hubiese sido establecido en la ley ordenada por la disposición principal de dicho precepto.

La falta de dicha ley reglamentaria autoriza a cualquiera de los órganos públicos competentes, a proponer la acción de inconstitucionalidad por omisión, y de manera simultánea, faculta a *quisquis populo* carente de ese derecho constitucional, a solicitar el *mandado de injunção*. En el primer caso, la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad por omisión tendrá efectos *erga omnes*. En el segundo, la *injunção* se concederá sólo *inter partes*, de acuerdo con el principio de la relatividad de lo juzgado, que debe prevalecer en ese instrumento procesal, lo mismo que en el *mandado de segurança*.

5. Sujeto pasivo

Por regla general el sujeto pasivo en el *mandado de injunção* es un órgano de autoridad, puesto que compete normalmente al poder público hacer posible el ejercicio de los derechos y libertades constitucio-

nales, ya que en forma predominante corresponde a la propia autoridad el carácter de agente normativo y regulador de la actividad constitucional.

Desde este punto de vista y de manera simplista, los particulares no pueden ser demandados por medio del *mandado de injunção*, como tampoco procede contra ellos el *mandado de segurança* o el *habeas corpus*.

Pero el poder público no se agota en los órganos de la administración directa o en las entidades subordinadas directamente a la cúpula administrativa, es decir, el presidente de la República y sus ministros de Estado.

En efecto, el propio poder público actúa por medio de órganos de la administración indirecta, o sea, los organismos descentralizados, las fundaciones y empresas públicas y las sociedades de economía mixta.

Cada una de esas entidades puede tener la facultad de emitir normas reglamentarias del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Como les corresponde la ejecución de esas normas a fin de darles aplicación a los citados derechos y libertades, es claro que contra ellas procede el *mandado de injunção*.

Sin embargo, con lo anterior no se agota todavía el campo de aplicación de este instrumento tutelar.

Muy pronto tuvo aplicación el *mandado de segurança*, creado por la Constitución de 1934, extendido a ciertos entes privados. La ley número 191, de 1936, primer ordenamiento reglamentario, y posteriormente el Código del Proceso Civil de 1939, así como la ley número 1533, de 1951, que es la vigente, establecieron que podían ser demandadas, al equipararlas a las autoridades, las personas naturales o jurídicas con funciones delegadas del poder público, al cual corresponden estas atribuciones.

La Constitución de 1988 elevó este principio a la categoría de precepto fundamental, en cuanto considera también como destinatarios del *mandado de segurança* a "los agentes de personas jurídicas en el ejercicio de atribuciones del poder público".

Lo mismo se aplica al *mandado de injunção*. Si el poder público autorizado por la ley delega a una persona jurídica de derecho privado una atribución cuyo ejercicio afecta el goce de derechos, libertades o privilegios constitucionales, y si por inercia dicha persona jurídica impide ese goce, se convierte en sujeto pasivo del instrumento de garantía.

Pero el interdicto que se analiza va más allá, porque no sólo los agentes importantes de las personas jurídicas a las que se atribuye el ejercicio de atribuciones de poder público poseen dominio en el cumplimiento de los derechos constitucionalmente consagrados, ya que al respecto puede mencionarse la limitación a los derechos de propiedad en el sistema financiero nacional. Con este sencillo ejemplo puede suponerse que la empresa privada también puede ser objeto del *mandado de injunção*.

6. *Improcedencia de la instancia previa*

Es conveniente indagar si el *mandado de injunção*, en la misma forma como el *mandado de segurança*, es inmune a la instancia previa, es decir, a su agotamiento en la vía administrativa.

En efecto, ni el *mandado de segurança* ni el *mandado de injunção* o cualquier otro medio de defensa de los derechos, se subordinan al agotamiento de impugnaciones diversas a las que pueden interponerse ante el Poder Judicial. Dicho sometimiento fue intentado infructuosamente en algunas de las numerosas enmiendas constitucionales del régimen anterior. Prevalece el principio, antiguo en el derecho brasileño, de que "la ley no puede excluir de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza al ejercicio de un derecho". Acudir desde luego a la jurisdicción corresponde totalmente a la voluntad del individuo lesionado en ese derecho.

Pero la diversidad de finalidades de ambos instrumentos nos obliga a dirigir de modo diferente al raciocinio en relación con dicho precepto.

En el *mandado de segurança* existe una afectación al derecho líquido y cierto, que es urgente remediar. Si el recurso administrativo contra la medida ilegal o el acto arbitrario tiene efecto suspensivo, impide su ejecución y autoriza la protección previa a la solución en la vía administrativa; la ley reglamentaria del *mandado de segurança* lo establece, sin incurrir en inconstitucionalidad, en cuanto dispone que: "no se otorgará *mandado de segurança* cuando se trate acto contra el cual procede recurso administrativo *con efecto suspensivo*, independiente de caución".

En el *mandado de injunção*, por el contrario, la impugnación en la vía administrativa implicaría la prolongación de una inercia que es preciso superar para lograr el *bonum et equum*. El poder público no

puede corregir la negligencia sino con la ejecución del derecho o libertad, pues sólo de esta manera cumplirá con el *mandado de injunção*.

III. HABEAS DATA

1. *El elemento histórico*

La función esencial del *habeas data* es asegurar el conocimiento de las informaciones relativas al solicitante, que constan en registros o bancos de datos de las entidades gubernamentales o de carácter público, y la rectificación de esos datos.

Para ello debemos examinar el texto constitucional:

Artículo 5o., LXXII. Se concederá el *habeas data*:

a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del peticionario, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público.

b) Para la rectificación de los datos, cuando no se prefiera hacerlo por medio de un procedimiento reservado, judicial o administrativo.

Ese objetivo no es nuevo o, mejor dicho, no es una invención surgida en la nueva carta política. Tiene antecedentes históricos, inclusive de carácter legislativo.

La ley número 824, de 28 de diciembre de 1984, del Estado de Río de Janeiro, fue expedida precisamente para consagrar ese instrumento. Y con anterioridad, en 1981, el Congreso Académico Pontes de Miranda, organizado por la Orden de Abogados y el Instituto de Abogados de Río Grande del Sur, formularon una "Propuesta de Constitución Democrática para Brasil", cuyo artículo 2o. sobre derechos y garantías individuales, tenía una finalidad idéntica a la institución de la citada ley local, por lo que es obvio que dicha propuesta le sirvió de antecedente.

La esquematización del derecho es la misma que tienen para garantizarlo los instrumentos ya establecidos en el derecho procesal brasileño. En el caso de informaciones conservadas por un órgano público, era aplicable el *mandado de segurança*, y en la hipótesis de entidades privadas, el remedio sería la acción exhibitoria regulada por el artículo 844.I del Código del Proceso Civil, de carácter preliminar, con

la posibilidad de ejercitar posteriormente las pretensiones de rectificación o de daños y perjuicios, según el caso.

El nuevo instrumento se introdujo en el Anteproyecto de Constitución elaborado en 1986 por la anteriormente mencionada Comisión de Juristas, convocada por el Poder Ejecutivo, pero que no tuvo consagración oficial, ya que fue archivado. En dicho Anteproyecto apareció la denominación de "*habeas data*".

2. *El nombre*

La institución clásica y universal, protectora del derecho de movimiento, reconocida en 1215 en la Magna Carta inglesa, derecho que casi siempre fue reprimido, tuvo su efectivo cumplimiento a partir de la no menos célebre "*Act*" de 1679, sin que tenga importancia si fue aplicada o no en el caso Jenks. Por ello, el citado nombre (*habeas corpus*) ya era conocido hace siglos, pues se ha formado con las palabras iniciales de la orden judicial expedida en contra del que tiene en su poder detenido, para que "tome el cuerpo del detenido y lo someta al tribunal, tanto el hombre como el caso".

Desde ese ángulo, la locución *habeas data* (que no debe separarse con guión, porque el latín carecía de ese signo gráfico) corresponde a la denominación tomada en préstamo, en forma poco ceremoniosa, de la institución histórica. Es lo que puede decirse del empleo paronímico de palabras consagradas universal y secularmente, para objetivos con los cuales no tiene ninguna conexión.

Además, lo que pretende subjetivamente la recién nacida institución tutelar no es la exhibición de los datos al juez o mucho menos para que el mismo juzgador los aprecie, ya que el examen de dichas informaciones por el órgano judicial (es decir, el "caso" correspondiente al *habeas corpus*), se torna secundario respecto del carácter *interdictal* del mandamiento respectivo.

Con independencia de esta crítica, si bien no es totalmente procedente, es por lo menos plausible, y por ello debe reconocerse que dicha expresión (*habeas data*) es feliz como expresión latina para calificar un derecho del fin de siglo de la informática. *Habeas*, segunda persona del subjuntivo de *habeo*. . . *habere*, que significa en este supuesto, "conserva tu posesión", que es una de las acepciones del verbo. *Data* es el acusativo plural de *datum*, que los más modernos diccionarios brasileños definen como representación convencional de hechos, conceptos

o instrucciones, de manera apropiada para su comunicación y procesamiento por medios automáticos; es decir, conservar los registros o datos.

3. Sujeto activo

Todo brasileño o todo extranjero residente en el país puede solicitar *habeas data* con el objeto de conocer informaciones relativas a su persona, que figuren en registros de los bancos de datos que corresponden a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para rectificar tales informaciones, cuando no prefiera hacerlo por medio de un procedimiento reservado.

Pero, a diferencia de lo que ocurre con el *habeas corpus*, sólo podrá pedirse el *habeas data* por medio de un abogado autorizado. El artículo 133 de la Constitución Federal dispone que el abogado es un sujeto indispensable de la impartición de justicia, en los límites de la ley, y así como no consideramos justo que la ley pueda exigir la intervención obligatoria de un abogado en la postulación del *habeas corpus*, que es de carácter penal, estimamos sensato que respecto del *habeas data*, que tiene naturaleza civil, el propio abogado sea indispensable.

Es conveniente destacar que el *habeas data* únicamente permite el acceso a informaciones relativas a la persona del solicitante, para el efecto de que pueda conocerlas, y si éste fuera el caso, rectificarlas. Ese derecho personalísimo no debe confundirse con el derecho de información en general, cuyo acceso corresponde, a todos, cuando sea necesario para el ejercicio profesional, con excepción del secreto relativo a la fuente (Constitución Federal, artículo 5o., XIV).

Por tanto, ambos derechos, esto es, el derecho a la información sobre la propia persona y el derecho a la información sobre el acto o el hecho cuyo conocimiento sea necesario para el ejercicio profesional, pueden ser objeto de las restricciones autorizadas respecto del *estado de sitio*, lo que significa que sólo en esta situación de emergencia puede ser suspendido el *habeas data* (artículo 139, III, constitucional), pero en cambio dicha suspensión no procede durante el *estado de defensa*, que es menos grave, de acuerdo con el ordenamiento fundamental brasileño.

4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de este instrumento de garantía es aquel que tiene el dominio sobre los "bancos de datos", al ejercer el control de las

informaciones relativas a las personas naturales o jurídicas, y dispone de ellas de acuerdo con la finalidad para la que son reunidas dichas informaciones.

Por tanto, dicho mandamiento exhibitorio o rectificador, no sólo puede ser dirigido contra un agente del poder público, sino que es suficiente que el banco de datos respectivo tenga carácter público, o bien que pueda corresponder a una "función social de relevancia pública", como se expresaba en el Anteproyecto de la Comisión de Sistematización (26 de agosto de 1987), aun cuando sea manejado por una institución privada, para que sea procedente el citado instrumento jurídico. En el Anteproyecto que mencionamos con anterioridad, se precisaba esta cuestión correctamente, al señalar a las informaciones "registradas por entidades particulares, públicas u oficiales" (artículo 21).

A este respecto no existe duda, ya que el texto definitivo es claro: "entidades gubernamentales o de carácter público". No tendría razón la disyuntiva si no se interpretase de la manera anterior, ya que toda entidad gubernamental es pública.

Decimos que el sujeto pasivo es aquel que posee la del dominio sobre el banco de datos, por lo que conviene establecer que, para determinar la competencia jurisdiccional, la autoridad superior que sostiene la negativa de exhibición o de rectificación de las informaciones contenidas en el campo de datos, pasa a ser igualmente sujeto pasivo del *writ*.

Resulta procedente investigar si el *habeas data*, de naturaleza *interdictal* tan acentuada y con una vinculación etimológica tan ligada al *habeas corpus*, está sometido a la instancia previa, lo que significaría el agotamiento de la vía administrativa.

Entendemos que no, y adelantamos que la eventual ley reglamentaria de esta garantía no podrá establecer esa dependencia. De la misma manera que el *habeas corpus*, el que tiene como presupuesto la libertad de movimiento, el *habeas data* tiene como único designio la existencia de registros de datos sobre determinada persona, y corresponde al afectado decidir sobre la posibilidad de esa existencia.

En el *mandado de segurança* existe un derecho líquido y cierto que puede ser apreciado de inmediato por el juez al examinar la petición inicial, debido a la existencia de un acto o de un hecho contrario a la ley. Pero en el instrumento que examinamos no existe derecho líquido y cierto de carácter fáctico, ya que tiene carácter subjetivo.

De esta manera, cuando alguna persona sostiene que existe un registro sobre su persona en un banco de datos de carácter público, o bien que es susceptible de generar comunicación cuando se le busca, y alegue que posee legítimo interés económico o moral en conocerlo o rectificarlo, tiene una vía directa ante el Poder Judicial para solicitar se le otorgue el nuevo interdicto exhibitorio.

Si se considerase que el *habeas data* depende de la configuración de un abuso de poder por la negativa para atenderlo, lógicamente se concluiría que el remedio es superfluo. Podría objetarse que el derecho a la información sobre los registros relativos a personas y la rectificación de los mismos no podía omitirse en la Constitución. Estamos de acuerdo, pero una cosa es consagrar un derecho y otra es otorgarle una garantía *específica*.

5. *Informaciones reservadas*

La Constitución estableció un elemento de complicación al regular el derecho que tienen todos los gobernados de "recibir de los órganos públicos las *informaciones*, tanto de su interés particular, como de interés colectivo o general, las que serán proporcionadas en el plazo que fije la ley, bajo pena de responsabilidad, exceptuadas aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad o del Estado" (artículo 5, XXXIII).

Ahora bien, las informaciones relativas a la persona del solicitante del *habeas data* son de su interés particular, como es innegable, y sobre estas informaciones fue establecida la reserva del secreto.

El método lógico interno, de acuerdo con las enseñanzas de la hermenéutica jurídica, impone que los dos párrafos del citado artículo 5o. constitucional deban interpretarse de manera simultánea, de acuerdo con lo cual, resulta que el derecho al *habeas data* no tiene un carácter reparador como parece de una lectura libre o una interpretación gramatical del precepto que lo dispone.

Sólo de esta manera tiene sentido la disposición que establece la competencia del Supremo Tribunal Federal para juzgar de manera originaria el *habeas data* contra el presidente de la República y las demás autoridades mencionadas en el artículo 102, fracción I, inciso d, de la Constitución Federal.

Existe subjetivamente una excepción en el suministro de informaciones y el motivo único de dicha excepción sólo puede estar fundado

en el secreto imprescindible respecto a la seguridad de la sociedad y del Estado, de la que son responsables dichas autoridades.

En todo caso, es temprano para investigar más allá de lo que se desprende del texto constitucional, con apoyo en la lógica jurídica.

Por tanto, lo que importa es que una vez interpuesta la solicitud de la protección, el juez puede desestimarla de manera preliminar por defectos formales; puede expedir de inmediato la orden exhibitoria, o tiene la posibilidad de oír al órgano señalado como sujeto pasivo de la instancia, para conocer de las razones de su negativa.

IV. RÉGIMEN PROCESAL

Es sabido que las nuevas garantías constitucionales no surgieron con una regulación autónoma, sino que les falta la ley reglamentaria, de naturaleza procesal. Pero no por ello están predestinadas a quedar latentes o inactivas respecto del derecho que cada una de ellas tiene por objeto aplicar.

Así, el *mandado de injunção* es una institución de eficacia plena y de aplicabilidad inmediata. En primer lugar, porque su finalidad emana de su propio enunciado, sin que sea necesaria una ley para definirlo ni para reglamentarlo, salvo en sus aspectos accidentales, pero no en lo esencial. En segundo término, porque la propia Constitución establece en el artículo 5o., parágrafo 2o., que: "Las normas que definen los derechos y las garantías fundamentales, tienen aplicación inmediata".

Es acertada la afirmación de José Afonso da Silva en un estudio reciente: "no se puede dejar de conocer de una acción, como derecho público subjetivo, con el argumento de que no fue establecido un procedimiento específico para ella."

El *mandado de injunção*, como acción *interdictal*, mucho se asemeja al *mandado de segurança*. Debido a un principio de interpretación analógica externa, las reglas y las normas procesales de esta última institución pueden y deben regular el trámite de la acción para el nuevo interdicto, con exclusión de sus aspectos peculiares, en tanto no se expida la ley específica correspondiente.

Debido a este razonamiento, poco después de promulgada la carta constitucional, el Tribunal Federal de Recursos, actualmente Tribunal Superior de Justicia, expidió el Auto (acordado) número 1245, de 13 de diciembre de 1988, en el que establece las directrices del *habeas*

data y del *mandado de injunção*, con carácter reglamentario, de acuerdo con el cual, en el trámite y decisión de esas garantías tienen preeminencia las disposiciones sobre el *mandado de segurança*, lo que establece el predominio de ambas instituciones protectoras sobre todos los actos judiciales, con exclusión del *habeas corpus* y del *mandado de segurança*.

De acuerdo con la lógica, debe entenderse que, tal como ocurre con el *mandado de segurança*, la relación procesal de *habeas data* no requiere de la figura del demandado para establecer la base de la pretensión, que se integra sólo por el juez y el actor. De esta manera, cuando se notifica la exigencia para proporcionar informaciones sobre la existencia de los datos respectivos, si el órgano responsable del banco de datos omite esa información no por ello el propio juzgador puede dejar de examinar la causa.

En el *mandado de segurança* el Ministerio Público actúa de oficio como fiscalizador de la ley. Podrá entonces conferírsele tal función en el procedimiento de *habeas data*, pero no tendrá como anteriormente, la representación de las entidades públicas, actividad que le es atribuida actualmente a la Abogacía General de la Unión (Constitución Federal, artículos 129, IX y 130).

En cuanto al *mandado de injunção*, debe prevalecer el mismo principio que se aplica a la acción de inconstitucionalidad por omisión, ya mencionada, es decir, una vez demostrada la inercia en la aplicación de la regla que proporciona efectividad al ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, se señala al poder competente la adopción de las providencias necesarias, y si se trata de un órgano administrativo, el plazo para hacerlo es de treinta días (Constitución Federal, artículo 103, parágrafo 2o.).

Es admisible la formación de litisconsorcio en ambas instituciones, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 46 a 49 del Código de Proceso Civil.

De la misma manera que ocurre con el *mandado de segurança*, la sentencia que se pronuncia en el *habeas data* y en el *mandado de injunção*, tiene naturaleza constitutiva, y la orden respectiva posee el efecto de un título ejecutivo judicial. No se trata de una sentencia ejecutiva propiamente dicha, porque la misma presupone un documento formal, de naturaleza judicial o extrajudicial. Tampoco es declarativa ni condenatoria, aun cuando, desde el punto de vista genérico, toda sentencia lo sea.

En cuanto a sus efectos, la sentencia pronunciada en las mencionadas garantías adquiere la autoridad de cosa juzgada. Aun cuando puede parecer superficial, dicho fallo aprecia el mérito de la relación, y por ello se torna inmutable e indiscutible en los límites de la controversia, en cuanto no está sometida a impugnación.

En la previsión de la naturaleza de la sentencia del *habeas data*, puede recordarse la categoría de las sentencias *mandamentales* establecida por Kuttner, por lo que los partidarios de la clasificación rechazada por su propio creador, es decir Kuttner, podrán ver en el *habeas data* una sentencia *mandamental*.

Aun cuando no tengan contenido económico inmediato, las acciones de *injunção* y de *habeas data*, poseen un valor cierto, que debe constar en la petición inicial (de acuerdo con los artículos 258 y 259 del Código del Proceso Civil) y deben cumplir los mismos requisitos de toda acción civil (artículo 282 del mismo ordenamiento).

Desde el punto de vista genérico se aplican a las resoluciones dictadas en ambos procedimientos, los recursos establecidos por el Código del Proceso Civil, inclusive el *agravo de instrumento*, cuya aplicación negamos al *mandado de segurança*.

La Constitución atribuye expresamente al Supremo Tribunal Federal competencia para juzgar, en recurso ordinario, el *habeas data* y el *mandado de injunção* resueltos en única instancia por los Tribunales Superiores, cuando éstos rechazan la pretensión (artículo 102, II), y de manera indirecta confiere al Tribunal Superior de Justicia la facultad de juzgar, por medio de recurso especial, los *habeas data* decididos en única o última instancia, por los Tribunales Regionales Federales o por los Tribunales de los Estados y del Distrito Federal y Territorios (artículo 105, III).

V. BIBLIOGRAFÍA

Es muy escasa, por razones obvias, la bibliografía sobre las nuevas instituciones de garantía de los derechos; salvo omisión por la que de antemano nos excusamos, nos limitamos a citar las obras que examinan al *mandado de injunção* y al de *habeas data*, de acuerdo con la lista siguiente:

ACKEL FILHO, Diomar, "Mandado de injunção", *Revista dos Tribunais* São Paulo, 1989, pp. 413-425.

- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, 12a. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, "Mandado de injunção", pp. 219-222.
- , *Comentários a Constituição de Brasil* (obra en colaboración con Ives Gandra Martins), São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, vol. 2, "Mandado de injunção y habeas data", pp. 356-367.
- CRETELLA JUNIOR, José, *Os "writs" na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1989, "Mandado de injunção y habeas data", pp. 97-122.
- , *Comentários a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1989, vol. 2, "Mandado de injunção y habeas data", pp. 720-770.
- DANTAS, IVO, *Mandado de injunção*, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1989, 130 pp.
- , "Mandado de injunção", *Jornal de Brasil*, Rio de Janeiro, 18 de octubre de 1988.
- FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis, "Idéias sobre o mandado de injunção", *O Estado de São Paulo*.
- MACIEL, A. F., "Mandado de injunção", *O Estado de Minas*, Belo Horizonte, 27 de agosto de 1988.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, pp. 131-149, "Sobre las nuevas instituciones".
- SIDOU, J. M. Othon, *As Garantias ativas dos direitos coletivos*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989, "Mandado de injunção y habeas data", pp. 445-458.
- SILVA, José Afonso da, "Mandado de injunção, direito do cidadão", *Jornal de Brasil*, Rio de Janeiro, 28 de septiembre de 1988.
- , *Mandado de injunção e habeas data*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- SPRENGER, Irineu, *Mandado de injunção*, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1989, 44 pp.

J. M. Othon SIDOU

Traducción de Héctor FIX-ZAMUDIO