

CAPÍTULO III

EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

3.1 CONSTITUCIONES PERUANAS Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.

La evolución del derecho a la información dentro de las constituciones peruanas ha tenido desarrollo lento; mantienen casi inalterablemente el precepto constitucional relativo a este derecho a través de casi todo el siglo pasado y parte del presente siglo.

El desarrollo constitucional del derecho a la información parte de su propia clasificación dentro de la carta magna. Inicialmente en las constituciones de 1823 y 1826 es considerado como parte de las **“garantías constitucionales”**; mientras que en la Constitución de 1828 inusualmente se ubica al derecho a la información dentro de las **“disposiciones generales”**. A partir de la Constitución de 1834 se registra la primera evolución de este derecho, al considerarlo como parte de las **“garantías individuales”** inherentes a toda persona; esta clasificación se mantendrá en las constituciones de 1839, 1856, 1869, 1867, 1920 y 1933; es decir a través de siete constituciones. Las garantías constitucionales o garantías individuales (aquí se reconoce a la persona) son limitadas a pesar de reconocer derechos subjetivos de los individuos; pues, hay derechos fundamentales que sí son absolutos; éstas garantías existen sólo dentro del Estado y están circunscritas y delimitadas a ciertos fines o ciertas tareas admisibles por el propio Estado, a pesar de que se reconocen ilimitadas.

La Constitución de 1979 y la presente de 1993 consideran el derecho a la información dentro de los **“derechos fundamentales de la persona”**, siguiendo la línea trazada por diversos instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

La mención correspondiente a la libertad de información en la Constitución de 1823 declara en su artículo 193º, inciso 1º) que son inviolables “*la libertad de imprenta en conformidad de la ley que la arregle*”, que claramente evidencia la influencia de la Ilustración y Revolución Francesa que proclama esta libertad en la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*”.

La **libertad de imprenta** a la que se refiere la Constitución, puede considerarse como la libertad de expresión e información a la vez; tomando en cuenta que en aquella época el libro era el único (o casi único) medio para difundir información. La difusión del pensamiento, del conocimiento, las opiniones y el acceso a la información se hacían mediante el libro, no existían otros medios alternativos y tan diversificados como los que hoy existen.

Con el derecho a la información también nacen las restricciones, porque la libertad de imprenta tiene que estar en “*conformidad con lo que señala la ley*”, supeditada como sabemos en leyes que pueden establecer desde restricciones hasta la censura abierta para muchas publicaciones. Esta restricción mediante la ley se menciona en todas las constituciones que tuvieron y tienen vigencia en el país.

La Constitución de 1826 declara en el artículo 143º que “*Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra, ó por escrito, y publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa; bajo la responsabilidad que la ley determine*”. Este texto del artículo se mantendría en las constituciones de 1828, 1834 y 1839, con cambios casi imperceptibles. Los cambios son “*determine*” por “*determina*”; o “*que la ley determine*” por “*que determine la ley*”; “*y publicarlos*” por “*ó publicarlos*”, entre otros, que no varían el concepto fundamental del artículo. Por eso haremos un análisis en conjunto.

Quisiera mencionar (aunque no es parte de esta investigación) que la Constitución 1826 es la primera que reconoce los derechos de autor y la propiedad intelectual.

Aquí se produce el primer avance porque se reconoce explícitamente la libertad de expresión cuando declara “*comunicar sus pensamientos de palabra ó por escrito*”, eliminando la “**censura previa**”, que es un paso significativo para el desarrollo de la libertad de información.

La Constitución de 1856 hace en el artículo 20° una abreviación del artículo de la Constitución de 1836 relativo a la libertad de información, declara que “*Todos pueden hacer uso de la imprenta sin censura previa, bajo la responsabilidad que determine la ley*”, y al igual que en el caso anterior es modificado casi imperceptiblemente por las Constituciones de 1860 y 1920. Se retorna el concepto de libertad de imprenta, pero mantiene el precepto que elimina la “**censura previa**”.

En la Constitución de 1867 sí se realizan algunas variaciones, declara en el artículo 20°: “*Todos pueden hacer uso de la imprenta sin censura previa; y sin responsabilidad en asuntos de interés general*”.

Debemos señalar que la Constitución de 1920 a pesar de parecerse a la de 1856, en el artículo 35 “*Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad*” que representaba un mantenimiento irrestricto del estado de derecho; pero, posteriormente el artículo se modificó, al parecer nuestros gobernantes temían a las libertades irrestrictas.

La Constitución de 1933, establece un verdadero cambio con respecto a las constituciones anteriores, el artículo 63 dice que “*El Estado garantiza la libertad de la prensa. Todos tienen derecho de emitir libremente sus ideas y sus opiniones por medio de la imprenta o de cualquier otro medio de difusión, bajo la responsabilidad que establece la ley*”.

Establece explícitamente la libertad de prensa, y las libertades de expresión y opinión. La libertad de prensa es solamente un aspecto de la libertad de información y adquiere relevancia en esta Constitución por la importancia que van adquiriendo los medios de comunicación masivos.

La Constitución de 1979 declara en el artículo 2°, inciso 2), Toda persona tiene derecho: “*A las libertades de información, opinión expresión*

y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de la ley". Esta Constitución establece la concepción moderna del derecho a la información, tal como se señala en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo relativo al derecho a la información es igual que el de la Constitución de 1993, del cual hacemos un amplio análisis a continuación.

3.1.1 Límites al Derecho a la Información en las Constituciones Peruanas Anteriores a la Actual

La libertad de información y el posterior derecho a la información tienen sus límites desde las primeras constituciones. En primer lugar, encontramos en la ley como primera causa de restricción, que puede utilizarse de diversas formas y en las más diversas causas, tal como lo explicamos en el análisis de la Constitución de 1993.

Una limitación en el derecho a la información se encuentra en el derecho a la intimidad que es mencionada implícitamente y explícitamente desde las primeras constituciones. El derecho a la intimidad es parte de los **"derechos personales"**.

Todas las constituciones peruanas desde la primera de 1823 hasta la de 1993, reconocen *"la inviolabilidad del secreto de las cartas o correspondencia"*, que configura lo que actualmente se conoce como **"derecho a la intimidad"** y es parte inalienable de los derechos de la persona. En el correo se ve reflejado el respeto por el secreto de las comunicaciones; ahora diversificada por diversos medios como el teléfono, entre otros.

La evolución del derecho a la intimidad en las constituciones se manifiesta en la Constitución de 1823, que en su artículo 6° dice que debe tomarse en consideración *"la buena opinión o fama del individuo"* que se traduce en el derecho al honor, en la Constitución de 1960 en el artículo 16°

se declara que “*la ley protege el honor*”, menciona directamente el derecho al honor.

La Constitución de 1867 protege el derecho a la intimidad porque en “*publicaciones sobre asuntos personales*” (artículo 20º) se hará efectiva la responsabilidad de autores y editores, conforme a lo dispuesto por el Jurado para estos asuntos. La publicación que ataque a la “*vida privada de los individuos*”, será firmada por su autor.

3.2 EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La Constitución de 1993 realiza cambios casi imperceptibles con referencia a la Constitución de 1979; declara en su artículo 2, inciso 4), que toda persona tiene derecho “*a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, escrita o la imagen*”. Para muchos constitucionalistas como Marcial Rubio Correa la primera interpretación de este artículo “*incluye las de informar a los demás y ser informado de asuntos en los tenga interés. Implica también la libertad de no informar lo que concierna a uno y desee mantener en reserva*”²², no se permite la interferencia en el libre flujo de la información y también implica la libertad de no informar lo que concierne a uno y desee mantener reserva, también podemos notar que nuestra Constitución distingue claramente libertad de opinión, de expresión y difusión del pensamiento que incluso en muchos instrumentos internacionales se utilizan indistintamente.

El derecho a la información se puede ejercer “*sin previa autorización ni censura ni impedimentos algunos*”, pero “*bajo responsabilidad de la ley*”; además considera que “*los delitos cometidos por medio del libro o la prensa*” se tipifican en el Código Penal, precepto que nos parece peligroso; pues, la Constitución se contradice a sí misma²³. Existen dos excepciones

²² Rubio Correa, Marcial / *Para conocer la Constitución de 1993*.-- 3a. ed.-- Lima: DESCO, 1994.-- pp. 19.

²³ Chirinos Soto, Enrique y Chirinos Soto, Francisco / *Constitución de 1993: lectura y comentario*.-- Lima: Nerman, 1994.-- 506 p.

que restringen este derecho, la información que afecte a la intimidad de otras personas (art. 2, inc. 7) e información que no pueda divulgarse porque lo prohíbe la ley o tiene carácter reservado por seguridad nacional (art. 2, inc. 5).

El art. 2º, inc. 5) posibilita “*solicitar sin expresión de causa la información que requiera de cualquier entidad pública, en el plazo legal*” pero la persona deberá cubrir “*el costo que suponga el pedido*”; según Enrique Chirinos Soto puede considerarse como la libertad de informarse y resulta una novedad en el texto constitucional; este inciso actúa en correspondencia con el **Hábeas Data** que es una de las garantías constitucionales y que analizaremos más adelante. También aquí existen excepciones que consideran el derecho a la intimidad personal, al honor y a la buena reputación, así como razones de seguridad nacional, al igual que en el caso anterior (art. 2, inc. 6).

Es necesario hacer precisiones acerca de su aplicación, las personas involucradas dentro del trabajo de información hemos descuidado el análisis de la norma constitucional porque se piensa que solamente es aplicable a los medios de comunicación (que de alguna manera tienen preponderancia, pero la misma norma no excluye otras formas y medios de acceso a la información).

3.3 EXCEPCIONES Y LÍMITES AL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

El derecho a la información permite acceder, a quienes estén legitimados a ello, a todo tipo de información sin discriminación de ningún tipo. Sin embargo, responde a principios sociales, morales, éticos que establece el Estado por medio de la ley. Para Enrique Ferrando Gamarra ²⁴ existen excepciones y limitaciones al derecho a la información que según el autor son: no autoriza el abuso del derecho, debe tener un fin lícito y no

²⁴ Ferrando Gamarra, Enrique / *El derecho a la información*.-- Lima: En: Themis, N° 32, 1995.-- pp.84.

contravenir las leyes que interesen al orden público o a las buenas costumbres; no puede suponer la lesión de otros derechos igualmente protegidos; no debe poner en riesgo la armonía social ni someter o subordinar la soberanía del Estado. A esta clasificación hecha por Enrique Ferrando Gamarra hemos añadido como limitación al derecho a la información los “estados de excepción”, a continuación desarrollamos estos puntos:

- 1. Su ejercicio no autoriza el abuso del derecho.-** El abuso puede considerarse como el uso en exceso del ejercicio de un derecho o el mal uso del mismo, que parten de conductas o actos abusivos. Para determinar algunas causas del abuso del derecho pueden tomarse en consideración medidas como las de carácter temporal que condicionan el ejercicio a un determinado tiempo, momento o lapso; medidas espaciales en los que no interesa la oportunidad sino prioritariamente el lugar o las condiciones espaciales del ejercicio; medidas instrumentales que condicionan el ejercicio de las facultades a determinados medios que deben usarse para la consecución de los fines que ordena dicho ejercicio. Toda facultad debe contar con medidas y estas medidas partir de lo natural (el entorno).

Claros ejemplos de abuso del derecho a la información son: la información solicitada puede ser parcial o muy abundante, y producir una idea distorsionada de la realidad o generar ruido; como contraparte representa un abuso, sí quien solicita la información la utilizada para fines distintos de los originales; o para beneficios personales de forma inequitativa, injusta e ilícita; o para aprovechar la propiedad intelectual de otro; o simplemente guardar información que resulte perjudicial para algunos efectos (el manejo económico de una institución pública, por ejemplo); también el servidor público, al ser solicitada información pública, puede modificar informes que mejoren la imagen de una

institución (sanidad, educación, etc.). En el uso de cualquier derecho debe predominar fundamentalmente la equidad y la buena fe, haciendo de él un ejercicio menos perjudicial para terceros.

2. Debe tener un fin lícito y no contravenir las leyes que interesen al orden público o a las buenas costumbres. -

Cualquier acto voluntario que realice una persona para poder ejercitar el derecho a la información es considerado como un acto jurídico y debe estar investido de actos de carácter lícito, con el fin de no cometer algún delito, ejecutar la apropiación ilícita de un patrimonio ajeno, dañar la imagen de una persona o satisfacer cualquier otro propósito reñido por la ley o por incompatibilidad del derecho a la información con otros derechos igualmente protegidos.

Si la finalidad es lícita e ilícita son difíciles de determinar en este caso, porque el peticionante de la información puede realizarlo “*sin expresión de causa*”; es decir, no se requiere hacer explícita motivación alguna. La administración no puede formarse un juicio valorativo y se encuentra en desventaja, porque no se puede saber las motivaciones o propósitos que subyacen en la solicitud de acceso a la información; en esta situación sólo queda partir de la presunción de “**buena fe**”.

El principio de **buena fe** es una causa o fuente de creación de deberes de conducta exigibles no sólo por aquello que se ha estipulado en un texto legal, sino en todo aquello que impone la buena fe. La buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico. El **derecho subjetivo** es la facultad o atribución que la norma reconoce para hacer, emitir y exigir algo.

La **moral** también es un límite al derecho a la información aunque en nuestra Constitución no es mencionada, constituye una medida

necesaria para proteger a la sociedad; pero, este límite puede prestarse a interpretaciones antojadizas, que realmente pueden servir para establecer una censura. Creemos que la protección moral debe existir, pero también debe existir una gran transparencia en las autoridades para no crear mas restricciones al derecho a la información.

Podemos citar como una medida ejemplar que justifica límites a la información al caso **“Handyside”** en el cual las autoridades inglesas prohibieron la circulación y posterior destrucción de la edición de un denominado **‘pequeño libro rojo del colegio’** dirigido a escolares en Inglaterra que contenía temas relativos a las relaciones sexuales y ciertos comportamientos ante la droga. El editor presentó su queja ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y éste justificó la acción de las autoridades inglesas; los jueces se apoyaron en la protección de la moral necesarias en una sociedad democrática.

3. **No puede suponer la lesión de otros derechos igualmente protegidos.-** El ejercicio del derecho a la información no supone la lesión de otros derechos igualmente tutelados dentro del ordenamiento jurídico, en especial de otras personas. A continuación enumeramos esos derechos, que constituyen limitaciones al derecho a la información:
 - a) **El derecho de informar.-** Este precepto esta considerado en la Constitución “el derecho de informar y opinar comprende los de fundar medios de comunicación”. Para Enrique Ferrando Gamarra, el derecho de informar se contrapone al de acceso a la información; es más bien, una prerrogativa para hacerlo y en medio que se considere más idóneo, este derecho es aplicable a toda persona, como la propia Constitución lo establece. Están excluidas de él los órganos para los cuales es un deber por

mandato legal. No están excluidas de él las entidades públicas consideradas en el artículo 5° inciso 2) de la Constitución, tampoco lo están las personas que sean requeridas para brindar información por autoridades competentes (SUNAT, Poder Judicial, CONASEV, etc.).

El derecho de informar implica el derecho de una prerrogativa concedida a su titular, no es admisible que se oponga contra él, el derecho de otra persona de acceder a la información, toda vez que aceptar este supuesto implicaría hacerlo obligatoriamente, que contradice la Constitución que garantiza la libertad. Debe tenerse en cuenta, lo que no se puede por la vía directa tampoco se puede por la vía indirecta. En tal sentido, si el derecho a la información no puede ejercitarse contra una persona que tiene la libertad de hacerlo, tampoco se puede ejercitar contra la administración pública respecto de información de particulares, porque la información continua teniendo carácter privado. Se puede concluir que el derecho a la información sólo puede ejercitarse ante entidades públicas y respecto de información de carácter público.

- b) Información que afecte a la intimidad.-** Aquí la Constitución expresa que toda persona tiene derecho *“al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz e imagen propias”*. Se puede apreciar que la intimidad rebasa el espectro personal sino que se hace extensiva a lo familiar y todo tipo de información que afecte a la intimidad, está excluida del derecho a la información. La Constitución en su artículo 2, inciso 2) declara la igualdad ante la ley y no permite la discriminación por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra circunstancia personal, por lo tanto no se puede exigir a las personas que revelen datos de este tipo. El artículo 2, inciso 18) de la Constitución, también nos permite mantener reserva sobre convicciones políticas,

filosóficas, o de cualquier índole; además de guardar el secreto profesional (abogados, médicos, periodistas, etc.). La Constitución reconoce el derecho a la reserva tributaria, del secreto bancario y de propiedad industrial que solo puede ser levantada por mandato judicial o por disposición de la ley.

- 4. No debe poner en riesgo la armonía social ni someter o subordinar la soberanía del Estado.-** El artículo 2, inciso 5) de la Constitución excluye también del acceso a la información a aquellas que expresamente deban presentarse por mandato de ley (explicadas ampliamente en las líneas anteriores) o por razones de seguridad nacional, que no ponga en riesgo el interés nacional, que involucre la defensa nacional y el orden interno y que el Estado discrecionalmente no suministra a particulares. El sustento de esta prerrogativa se encuentra en la soberanía del Estado la misma que no se negocia ni sucumbe frente a intereses particulares o individuales. Actualmente en el Perú no existe una ley que determine la información que afecte la seguridad nacional porque dentro de este precepto constitucional puede considerarse innumerable información pública, que sólo puede responder a intereses de un gobierno y no del país, esto puede llevar al abuso del derecho.
- 5. Los Estados de Excepción.-** La Constitución en el artículo 37 declara que *“El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente”*, los estados de excepción contemplados son: **“estado de emergencia”** y **“estado de sitio”**. Los **estados de excepción** son un conjunto de actos y hechos que bajo legalidad niegan el orden jurídico formal, incluyen la suspensión de los derechos fundamentales. Los estados de excepción deben obedecer a una estricta necesidad, a

una proporcionalidad (suspender las garantías necesarias), a una temporalidad que debe limitarse a un tiempo estrictamente necesario y respetar la esencia de los derechos humanos cuyo núcleo esencial no puede ser suspendido de ninguna forma.

Según la Constitución peruana en su artículo 137° , 1) se permite implantar un **estado de emergencia** *“en caso de perturbación de la paz o el orden interno, de catástrofes o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la **libertad y a la seguridad personales**, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9), 11) y 12 del artículo 2° y en el inciso 24), apartado f) del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie”*. El plazo es de 60 días, se renueva por decreto y las Fuerzas Armadas asumen el control interno.

Hemos subrayado **“libertad y a la seguridad personales”** porque al no precisar que libertades personales restringen, prácticamente se engloban todos los incisos del artículo 2°, que incluye el inciso 4) respecto al derecho a la información. Aunque no hay todavía casos en los que tácitamente se haya suspendido el derecho a la información estos límites o restricciones podrían hacerse posible si así lo quisiera algún gobierno. Es conocido que donde se impone un estado bajo control militar estas restricciones son comunes. Sin embargo, durante la guerra contra la subversión hubo violaciones de derechos humanos que privaron de la libertad a personas que poseían libros tildados de subversivos, a pesar de que la posesión de libros no se considera delito en el Perú.

El “estado de sitio” (en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o en peligro inminente de que se produzcan) no suspende los derechos fundamentales de la persona.

3.4 SUJETOS DEL DERECHO A LA INFORMACION

El derecho y el hombre nacen juntos, porque se puede afirmar que no hay hombres que no estén sujetos a normas jurídicas y no hay normas jurídicas sin sujetos a quién aplicarse. Todo hombre es persona y esta verdad no procede de la norma jurídica sino de la propia naturaleza humana.

Se pueden distinguir tres significados principales de persona: en sentido físico - antropológico que quiere decir hombre; en sentido teológico - filosófico, que quiere decir racional, consciente, capaz de querer; y en sentido jurídico, que quiere decir ente que tiene una función jurídica y capacidad. En el sentido jurídico la naturaleza de la persona es una cualidad abstracta, ideal, proporcionada por la capacidad jurídica y no resultante de la individualidad corporal y psíquica. Persona en el sentido jurídico significa sujeto de derechos.

El sujeto del derecho a la información es la persona, según lo enumera la Constitución en el artículo 2º inciso 4) que dice: “*Toda persona tiene derecho: A las libertades de información...*”, y la configura como sujeto universal del derecho a la información. La persona como sujeto del derecho a la información pueden ser las personas físicas o naturales y las personas jurídicas, que en realidad no deben ser diferenciadas como dos realidades, porque las personas jurídicas no son mas que creaciones de las personas humanas; el derecho mantiene el concepto único de persona. La existencia de personas jurídicas solo explica la gama de finalidades que pueden tener las personas físicas o naturales. A continuación desarrollaremos conceptos enunciados por Javier de Belaunde²⁵ sobre estos dos tipos de personas:

- 1. Personas Físicas o Naturales.-** La persona física o natural es sujeto del derecho desde su nacimiento y termina con la muerte. Nuestra

²⁵ Belaunde, Javier de / *Personas jurídicas: materiales de enseñanza.*— Lima: PUCP, 1977.-- 563 p.

Constitución considera que “*el concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece*”, es considerado persona y deja en suspenso algunas de las relaciones jurídicas que están sujetas a la condición de su nacimiento vivo. En el caso específico del derecho a la información, es el nacido el que desde su alumbramiento recién va adquirir este derecho; pues, el hombre es un ser social y la información como mensaje es un medio para comunicarse con los demás.

- 2. Personas Jurídicas.-** La persona jurídica, moral o social, como a veces se le denomina, es una figura jurídica que ha causado controversias y discusiones entre los juristas y existen diversas teorías acerca de la misma, que no analizaremos a profundidad en esta investigación; pero, sí intentaremos hacer un acercamiento a su concepto. El hombre es una realidad con la que ha de contar el derecho inmediatamente, en cambio la persona jurídica ni se le ve ni se le toca, solo es parte de una realidad jurídica.

Las personas jurídicas son entes producto del espíritu de asociación o de organización social, se mueven y obran en la vida jurídica para el cumplimiento de sus fines con relación a otros hombres u otras entidades jurídicas. La persona jurídica necesita de una pluralidad de personas que pasan a considerarse una sola persona a nivel jurídico, es necesario que tengan un fin común; medios para alcanzar tal fin; y que el patrimonio sea considerado de una sola persona, de modo que las relaciones jurídicas con terceros se regulen como si todos los asociados o interesados, constituyan una sola persona.

El fin del derecho estriba en el interés humano, pero los intereses humanos no siempre son individuales, muchas veces son sociales; que lleva a los hombres con intereses o fines comunes a formar entes colectivos que denominamos personas jurídicas.

La persona jurídica puede adquirir los derechos y asumir las obligaciones que no son inseparables de las condiciones de la naturaleza

del hombre, la capacidad de las personas jurídicas no solo comprende el goce de los derechos patrimoniales, sino que incluye ciertos derechos de carácter personal (nacionalidad, por ejemplo). Las personas jurídicas pueden ser privadas o públicas y pueden tener diversos fines (deportivos, económicos, sociales, culturales, etc.).

3.5 HÁBEAS DATA

3.5.1 Desarrollo y Concepto del Hábeas Data

Es un novísimo instituto jurídico procesal del cual faltan fuentes doctrinarias para que tengamos un mayor conocimiento del mismo, aparentemente fue tomado de la Constitución del Brasil por el constituyente Carlos Torres y Torres Lara, quien elabora y desarrolla la propuesta en el Congreso Constituyente Democrático, posteriormente fue adoptada por Argentina, mediante reforma constitucional.

El Hábeas Data ha sido estudiado por diversos constitucionalistas desde dos puntos de vista sesgados, el primero que lo vincula a los medios de comunicación (radio, televisión, prensa, etc.) y el segundo ligado a los bancos de datos informáticos, que afectan especialmente el derecho a la intimidad y el derecho a la rectificación. Se ha descuidado el aspecto documental, que es primordial para el acceso a la información pública, es en este aspecto que analizaremos el Hábeas Data.

Enrique Chirinos Soto nos hace precisiones del concepto partiendo de la propia expresión, señala que *“al estudiar el Hábeas Corpus, dijimos que la voz “habeas”, en nuestra opinión equivale a una modalidad imperativa del verbo haber y que unida a corpus, viene a significar algo así como que “haya el cuerpo”, “preséntese el cuerpo” o “aparezca el cuerpo”. Si en lugar de “corpus” utilizamos “data” y convenimos en que esta palabra significa dato o información, concluiremos en que “Hábeas Data” es algo*

así como “*haya la información*”, “*entreguese la información*” o “*preséntese la información*”²⁶

Si un ciudadano quiere acceder a información pública puede realizarlo mediante la acción de Hábeas Data, que según Carlos Torres y Torres Lara evita una discriminación de tipo étnica, racial o económica en el acceso a la información. Él dice: “*Si un estudiante, investigador o pequeño empresario quiere saber, por ejemplo, qué volumen de producción hay en el área en que trabaja, puede exigirla al Ministerio de Industrias bajo la acción de Hábeas Data. No hay en el mundo un Hábeas Data para esta finalidad, aquí estamos ampliando el objetivo y todos han coincidido y por ello se aprobó por unanimidad, que este derecho es fundamental para contrarrestar la segregación que existe, no solamente étnica, racial, sino económica*”²⁷.

3.5.2 La Discrecionalidad en la Acción de Hábeas Data.-

Esclareceremos el concepto de “**potestad de discrecional**” o “**discrecionalidad administrativa**” porque nos permite un mejor entendimiento de la acción de Hábeas Data.

La “**potestad discrecional**” o “**discrecionalidad administrativa**” según Fernando Sainz Moreno “es aquella decisión que se toma entre dos o más soluciones todas igualmente validas para el Derecho. Es cierto que esta concepción de la discrecionalidad suele considerarse superada por otra, según la cual la decisión discrecional se integra en el proceso de aplicación de la Ley”²⁸. Dentro del ámbito administrativo todas la decisiones tomadas por la autoridad administrativa son igualmente validas para el derecho y permiten la libertad de elección dentro del marco que regula la ley; el ejercicio de la actividad discrecional siempre implica un margen de libertad.

²⁶ Chirinos Soto, Enrique; Chirinos Soto, Francisco / *Constitución de 1993: lectura y comentario*.— Lima: Nerman, 1994.—pp. 439.

²⁷ Torres y Torres Lara, Carlos / Alcances de la nueva Constitución del Perú de 1993.— En: *Análisis Internacional*.— Lima: (4) oct-dic, 1993.-- pp. 5.

La potestad discrecional suele fundarse en dos argumentos, por un lado, la naturaleza de aquello sobre lo que se decide y de otro, la posición de la Administración, a la que el ordenamiento constitucional atribuye una función configuradora del orden social.

El primer argumento sugiere que la discrecionalidad surge por algo impuesto y necesario y como única forma de resolver cuestiones especialmente difíciles e importantes; parte de la idea de que ciertas decisiones no están predeterminadas por el derecho (vacíos legales) y cuyas condiciones conducen a tomar una de las muchas decisiones posibles. El segundo argumento sugiere que la Administración representa los fines del Estado y la faculta a tomar decisiones discrecionales de acuerdo al orden social establecido constitucionalmente. Existe el riesgo de considerar los intereses del Estado como intereses del gobierno y aunque también es posible tener la facultad de tomar decisiones políticas predeterminadas en la norma, esto puede conducir a priorizar algunos aspectos sobre otros igualmente válidos, especialmente el **“interés público”** que es el principal criterio para aplicar la potestad discrecional.

Según Alberto Borea Odria no hay potestad discrecional en el caso del Hábeas Data, *“la entidad pública que recibe el pedido no puede exigir que quien peticione lo haga con expresión de causa y menos aún puede juzgar, en el caso que quien solicite la información manifieste la razón de su pedido, si es o no procedente, si es o no conveniente, o relativo, a lo que la persona señala, la liberación de esos datos”*²⁹.

El ciudadano no tiene porqué darle cuenta de sus actos a nadie y menos de sus intenciones en el ejercicio de sus derechos. Debe señalarse que es derecho de la persona peticionante que la información que solicita se le entregue dentro del plazo legal.

²⁸ Sainz Moreno, Fernando / *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa.*--Madrid: Civitas, 1976.-- pp. 304.

²⁹ Borea Odria. Alberto / *Evolución de las garantías constitucionales.*-- 2a. de. Lima: Grijley, 1996.-- pp. 473.

3.5.3. Procedimiento de la Acción de Hábeas Data

El Hábeas Data se aplica cuando a los ciudadanos no se les permite el acceso a la información pública y se transgrede el artículo 2º inciso 5) que faculta *“a solicitar sin expresión de causa información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido”*, de esta manera un personaje privado puede exigir la información que necesita a un personaje público; aunque existen excepciones y limitaciones para obtener cierto tipo de información que han sido explicadas ampliamente en excepciones y límites al derecho a la información, que son aplicables al Hábeas Data.

El artículo 2º, inciso 5) de la Constitución aún no es reglamentado y se debe hacer *“el requerimiento por conducto notarial con una antelación no menor a quince días calendario”* según lo indica el art. 5 de la ley N° 26301.

Los casos en los que se podría demandar una acción de Hábeas Data, según la Constitución en su artículo 200, inciso 3) son: *“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 2º, incisos 5), 6) de la Constitución.”*.

Anteriormente consideraba también al inciso 7) pero se suprimió mediante ley N° 26470 promulgada el 9.6.97 porque podía afectar a la libertad de expresión, especialmente a los medios de comunicación masivos.

El Hábeas Data también ha sido reglamentado por ley y señala competencias; dispone que estas acciones se tramiten ante juzgados civiles, más no en los juzgados penales, como se pretendió hacerlo en un inicio, cuando entró en vigencia la Constitución. La Ley N° 26301 (art. 1 reglamenta el ámbito de aplicación para el trámite señalando que se realiza *“ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil de turno del lugar donde tiene domicilio el demandante o donde se encuentran ubicados los archivos mecánicos, telemáticos, magnéticos, informáticos y similares, o en el que corresponda*

al domicilio el demandado, sea ésta persona natural o jurídica, pública o privada, a elección del demandante”.

La personería o representación judicial para interponer la acción de Hábeas Data debe seguir la pauta establecida, que en este caso sería el solicitante de información o su representante, la acción requiere de un continuo seguimiento y debe ser la persona o su representante, la que desarrolle las actividades previas hasta la recurrencia a los tribunales.

Las acciones previas para la interposición de la acción de Hábeas Data, según ley 26301, artículo 5°, inciso a) *“En el caso de la acción de Hábeas Data basada en los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado el requerimiento por conducto notarial con una antelación no menor a quince días calendario, con las excepciones prevista en la Constitución política del Estado y en la Ley”*. Es necesario un pronunciamiento de la autoridad administrativa pública a los que la persona debe someter su reclamo antes de tramitar una acción de garantía.

3.5.4 La Legitimidad Pasiva en el Hábeas Data

El artículo 6° de la Ley 26301 establece que *“la garantía constitucional de la acción de Hábeas Data se entenderá con el representante legal de la autoridad, entidad o persona jurídica a la que se emplaza, a menos que se trate de una persona natural en cuyo caso será emplazada directamente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 12° de la ley 25398”*.

La entrega de información solicitada puede ser entregada por el representante legal de la entidad emplazada. Este punto es muy conflictivo y Alberto Borea Odria pregunta *“¿la demanda tiene que ser dirigida contra la persona encargada del manejo de una información en la estructura del Estado, o contra las personas que pudieran tener dicha información?”*³⁰.

Mas adelante señala que este caso se presentó cuando diversos dirigentes sindicales de la empresa Petróleos del Perú emplazaron al

Ministro de Energía y Minas para que les diera información respecto a documentos vinculados a la privatización de la empresa. La defensa del Estado argumentó por la vía de una **“excepción de representación defectuosa”**, que no era el Ministro quien debía ser emplazado sino el presidente de la COPRI (Comité Especial de Privatización).

El Juez declaró fundada dicha articulación con el argumento. Esto evita que se llegue al fondo del asunto, porque en esta acción no tiene importancia a quien se dirigió la demanda sino quien poseía la información, en este caso, el Ministro la tenía en su despacho. La demanda puede ser dirigida a cualquier funcionario del estado que tenga la información, el que está en la obligación de entregarla si esta tiene carácter público y no es información reservada por la ley o por razones de seguridad nacional.

³⁰ Ibidem, pp. 491.